دكتور نصر فريد محمد واصل
مفتي الديار المصرية

فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية



المكتبة التوفيقية


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

دكتور نصر فريد محمد واصل
مفتي الديار المصرية

فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية

المكتبة التوفيقية
أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

الطبعة الخامسة

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م

بسم الله الرحمن الرحيم



مقـــدمة الطـــبعة الثانيـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين، وعلى آله وأصحابه ومن سلك طريقه إلى يوم الدين.

«وبعـــــد»

فإن الفقه الإسلامى من أشرف العلوم العـملية التى يجب العلم بها والاهتمام بحقلهـا العلمى، لأنه القانون العـملى التشـريعى للشريعـة الإسلاميـة، ولا تسود الشريعـة بين الناس إلا به، ولهذا كـان الفقـه الإسلامى جـزءًا رئيسيـا من عقـيدة المسلمين والإيمان به، ومعـرفة كل أحكامه واجب عـلى القادرين بتحـصيله منهم، ولهذا كانت الدعوة الإسـلامية مرتبطة ارتباطًا كاملا بعلم الفـقة الإسلامى حيث لا يمكن تبليغ الدعوة على وجهها الصحـيح إلا من خلال علم الفقه الإسلامى وكانت مادة الفـقه الإسلامى واجبـة التحصيل والتـدريس فى كل مراحل الدراسة العلمـية بالأزهر الشريف إلى نهاية المرحلة الجـامعية فى جميـع الكليات النظرية والعمل فى جميع السنوات الدراسية.

ونظرًا لنفاد الطبعة الأولى لهذا الكتاب فقد أعدنا طبعه وتنقيحه ليكون مرجعًا علميًا يساعد طلاب العلم عامة وطلاب السنة الأولى بجـميع كليات جامعة الأزهر خاصة على الفهم وزيادة القدرة على الاستيـعاب العلمى والتحصيل لإتمام رسالتهم العلمية لنشر الدعوة الإسلامية على وجهها الصحيح.

والله الموفق والهادى لنا جمـيعا سواء السبيل، وأن يجـعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير،

أ. د نصـر فـريد محـمد واصـــل

رئيس قسم الفقه العام

بجامعة الأزهر - بالقاهرة

غرة ربيع الأول سنة ١٤١١هـ

سبتمبر سنة ١٩٩٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العـالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا مـحمد ابن عبد الله النبى الأمى الهادى إلى الحق وإلى الطريق القويم المستقيم.

«وبعـــــد»

فإن المعاملات الشرعية والتى مصدرها الشريعة الإسلامية هى بلا شك أفضل الوسائل والسبل لتحقيق مـصالح الناس فى أى زمان أو مكان فى كل ما ينشأ بينهم من علاقات تعـاقدية مدنية أو تجارية، بل هى قادرة على مـسايرة التطور فى كل ما يجد من أمور تتعلق بأشكال المعاملات فى جميع المجتمعات.

ولذا رأينا من واجبنا فـى هذا الكتاب بيان هذه المعـاملات الشرعـية بأسلوب يتفق والعـصر حـتى نيسر للـباحثين وطلاب العلم طـريق المعرفة لينهـلوا من معين الشريعة الإسـلامية بما يعينهم على مـعرفة الغث من السمين. وبخـاصة الذين تتيح لهم ظروفهم ودراسـتهم معـرفة النظم الأخرى غيـر الإسلاميـة ليكون التطبيق عن اقتناع يجعلهم روادًا فى هذا الميدان بالنسبة لمجتمعاتهم ودولهم.

وقد حـاولنا بقدر الإمكان أن تكـون مباحث هذا الكـتاب من تراثنا الفـقهى الأصيل القديم والحديث تحقيقًا للتراث الإسلامى من ناحية وتشجيعًا للبحث فيه من ناحية أخرى.

ندعو الله سبـحانه وتعالى أن يجنبنا الزلل وأن يوفقنا إلى مـا قصدنا إياه ولما يحبه هو ويرضاه إنه نعم المولى ونعم النصير، وهو بالإجابة جدير،

أ.د نصـر فـريد محـمد واصـــل
أستاذ ورئيس قسم الفقه
بجامعة الأزهر

غرة ربيع الأول سنة ١٤١٠هـ
سبتمبر سنة ١٩٨٩م

القسم الأول[١]

مدخل عام لدراسة المعاملات

فى الفقه الإسلامى

باب تمهيدى

مفهوم الإسلام والفقة والشريعة والتشريع

المبحث الأول

مفهوم الإسلام ومنهجه فى تنظيمه للعلاقات الاجتماعية

إن مفهوم الإسلام ذو شقين يكمل كل منهما الآخر بحيث ينشأ عن ذلك فى النهاية منهج مثالى ينظم العلاقات الاجتماعية بين البشر ويسعد الناس فى هذه الحياة التى خلقت لهم وخلقوا من أجل عمارتها واستخلافها عن الله سبحانه وتعالى بكل ما فيها من مظاهر النعم والحياة مصداقًا لقوله تعالى **﴿إنى جاعل فى الأرض خليفة﴾**[٢] والمراد به الإنسان.

الشق الأول : فى جانب العقيدة وهو الإقرار والاعتراف بوجود الله سبحانه وتعالى ووحدانيته وصفاته الكمالية التى تليق به المنزه عن صفات البشر وبأنه صاحب الملك والملكوت ومصدر هذه الحياة وأنه المعبود وحده بلا شريك .

وأما الشق الثانى : فيتعلق بالجانب العملى والقانون التشريعى الذى ينظم للناس علاقاتهم الاجتماعية ومعيشتهم فى هذه الحياة .

ومنهج الإسلام فى تنظيمه للعلاقات الاجتماعية إنما يقوم على أساس المثالية الكاملة ومثالية الإسلام تقضى بأن يكون الفرد الذى ينتسب إليه شخصًا تنعكس عليه هذه المثالية فيجعل قواعده ونظمه وقوانينه واقعًا يتحرك بين الناس وعدلا

---

(١) كتب مباحثه الدكتور نصر فريد محمد واصل.

(٢) سورة البقرة الآية ٣٠.

ملموسًا يحسه أفراد المجتمع ككل فيحقق لهم سعادتهم المادية والروحية التى ينشدونها فى هذه الحالة.

وتعادل الروح مع المادة تعادلاً مستقيمًا أمر جوهرى للإنسان يمكن أن يشعر بالسعادتين معا فى هذه الحياة ومفهوم هذا التعادل هو أن يشعر الإنسان ببشريته وآدميته بمقدار إحساسه بانتسابه إلى الله سبحانه وتعالى.

والإسلام بهذه الحقيقة وهذا المفهوم لا يختلف من دين سماوى إلى آخر، لأن الهدف واحد والغاية واحدة فى جميع الأديان السماوية الهدف هو إسعاد البشرية، والغاية تحقيق الربوبية للذات الإلهية (الذى ليس كمثله شيء وهو السميع البصير).

وكل ما فى الأمر أن الرسل والأنبياء فصول متتابعة وسلسلة مترابطة لإبراز كيان الإسلام العظيم، ولم يختلفوا إلا فى هذه الوسيلة التى توصل الناس إلى هذه الغاية حسب الزمان والمكان وتطور البيئات الاجتماعية والحضارية للإنسان.

وفى هذا المعنى يقول الله سبحانه مخاطبًا رسوله محمداً ﷺ **﴿شرع لكم من الدين ما وصىٰ به نوحًا والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾**[1]. والدين عند الله هو الإسلام كما أخبرنا بذلك سبحانه وتعالى فى قوله **﴿إن الدين عند الله الإسلام﴾**[2].

ولم يختلف الإسلام كدين نزل على محمد ﷺ عن الأديان السابقة من جهة الوسيلة إلا من حيث كونه قد اكتملت جميع حلقاته وفصوله التشريعية على يد هذا النبى العظيم فأصبح بذلك خاتم الأديان السماوية، وتحقق بذلك أيضًا اكتمال الوسيلة والغاية وتعادلت معه الروح والمادة تعادلا وسطًا لا إفراط فيه ولا تفريط.

وهذا ما حصل فعلا مع رسول الله ﷺ وصحبه فترة مازلنا نتحدث عنها

---

(١) سورة الشورى آية ١٣.

(٢) سورة آل عمران من الآية ١٩.

ونشعر بها وبتأثيرها علينا وذلك بعد أن - سجلها سجل الإسلام الخالد والمسلمون بحروف من نور وتحققت لأتباع هذا الدين الوسطية التى أخبرنا الله بها فى كتابه الكريم وهو أصدق القائلين **﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا﴾**[١].

وهذا ما ميز الإسلام من حيث التعاليم التى نزلت على محمد ﷺ عن تعاليم الأديان الإلهية السابقة.

ومما يؤكد أن الإسلام كحقيقة وغاية لا يختلف من دين إلى آخر أن القرآن الذى هو دستور الإسلام الخالد والصادق هو فى نفس الوقت تاريخ معلوم لهؤلاء الأنبياء والرسل السابقين لمحمد عليه الصلاة والسلام.

وهذا على أساس أننا نخاطب المسلم الذى آمن بالله ربًا وبالإسلام دينًا وعلى أساس من العقل الصحيح المنزه عن الهوى باعتبار أن الدخول إلى مصدر الإيمان بالله هو الدليل العقلى البحت وهو أمر واجب ومطلوب فى نظر الإسلام، لأن العقل هبة الله فى الإنسان وهو الذى عن طريقه يهتدى إلى الإيمان الصحيح وإلا لكان هذا الإيمان مشوبًا بالنقص الذى لا يهدى إلى الحقيقة الكاملة وإن كان عن تقليد وقد يخول له عن طريق الضلال باعتباره طريقًا مستقيمًا أراده الإسلام وهذا خطأ كبير وبهتان عظيم ولذلك يقول علماء العقيدة فى الإسلام:

«وكل من قلد فى التوحيد - إيمانه لم يخل عن ترديد[٢]». فإذا كنا نخاطب المسلم أو حتى العاقل غير المسلم المنزه عن الهوى فيمكن أن نبرز هذه الحقيقة وهى أن الرسل جميعًا دعوا بدعوة الإسلام وأمروا بالإيمان به وهذا ما يؤكده دستور الإسلام الخالد وهو القرآن الكريم الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه بل هو تنزيل من حكيم حميد.

---

(١) سورة البقرة آية ١٤٣.

(٢) الترديد: هو التردد والمراد لم يخل إيمانه عن نقص.

ففى شأن نوح عليه السلام يحدثنا القرآن عنه فيقول بعد أن بلغ الدعوة لقومه فأعرضوا عنها (**فإن توليتم فما سألتكم من أجر إن أجرى إلا على الله وأمرت أن أكون من المسلمين**).

وفى شأن إبراهيم نبى الله، وولده إسماعيل عليهما السلام يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿**وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم*ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك وأرنا مناسكنا وتب علينا إنك أنت التواب الرحيم**﴾[١].

وقد أمره الله بالإسلام فأسلم قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين**﴾[٢].

وبهذا الإسلام الذى أمر الله به أوصى إبراهيم بنيه فآمنوا به ودعوا إليه قال تعالى: ﴿**ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون*أم كنتم شهداء إذ حضر يعقوب الموت إذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق إلهًا واحدًا ونحن له مسلمون**﴾[٣].

وفى شأن سليمان عليه السلام ودعوته عندما أمر الهدهد أن يحمل رسالة إلى بلقيس ملكة سبأ وقومها الذين كانوا يعبدون الشمس من دون الله قال كما يخبر بذلك القرآن ﴿**اذهب بكتابى هذا فألقه إليهم ثم تولى عنهم فانظر ماذا يرجعون* قالت يا أيها الملأ إنى ألقى إلى كتاب كريم*إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم*ألا تعلوا على وأتونى مسلمين**﴾[٤].

---

(١) سورة البقرة الآيتان ١٢٧ ، ١٢٨.
(٢) سورة البقرة الآية ١٣١.
(٣) سورة البقرة الآيتان ١٣٢ ، ١٣٣.
(٤) سورة النمل الآيات ٢٨ -٣١.

ولما حضرت بلقيس إلى سليمان وعرفت حقيقة الإيمان قالت عن اقتناع: ﴿إنى ظلمت نفسى وأسلمت مع سليمان لله رب العالمين﴾(١).

ومن قبلها قال سليمان ﴿وأوتينا العلم من قبلها وكنا مسلمين﴾(٢).

أما فى شأن أتباع موسى عليه السلام الذين آمنوا به وقد هددهم فرعون بالانتقام منهم وتقطيع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم صلبهم إن لم يرجعوا عن هذا الإيمان يخبرنا الله سبحانه وتعالى عنهم فيقول: ﴿قالوا إنا إلى ربنا منقلبون*وما تنقم منا إلا أن آمنا بآيات ربنا لما جاءتنا ربنا أفرغ علينا صبراً وتوفنا مسلمين﴾(٣).

فى شأن عيسى عليه السلام وقومه يخبرنا الله فيقول ﴿فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصارى إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون*ربنا آمنا بما أنزلت واتبعنا الرسول فاكتبنا مع الشاهدين﴾(٤).

وليس أمامنا بعد كل ما سبق إلا أن نقر عن يقين وإيمان بهذه الحقيقة وهى - ﴿إن الدين عند الله الإسلام﴾(٥)، ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين﴾(٦).

ومثالية الإسلام حسب هذا التفسير السليم من وجهة نظرنا والمنهج العلمى الواقعى هى التى يمكن أن تحقق لنا الترابط الاجتماعى الصحيح بافتراض أن مثالية الإسلام إنما تنعكس على الفرد الذى هو أساس بناء الهيكل الاجتماعى الإسلامى وبذا تتحدد علاقة الفرد بالمجتمع والمجتمع بالفرد على هذه - الحقيقة - الإسلامية ومن هنا يتكون المجتمع المثالى الذى ينشده الإنسان لتحقيق سعادته فى هذه الحياة.

---

(١) سورة النمل آية ٤٤.
(٢) سورة النمل آية ٤٢.
(٣) سورة الأعراف الآيتان ١٢٥، ١٢٦.
(٤) سورة آل عمران الآيتان ٥٢، ٥٣.
(٥) سورة آل عمران آية ١٩.
(٦) سورة آل عمران آية ٨٥.

والإسلام فى سبيل تحقيق هذه المثالية للمجتمعات الإنسانية إنما رسم منهجا معينا لابد من تطبيقه وإقراره وسط هذا المجتمع وهو ما يعرف بنظام الإسلام أو تشريعه، وفى هذا النظام كان تحليل المجتمع أى مجتمع تحليلا كاملا ودقيقًا لكل مراحل نموه وتطوره فى هذه الحياة وبذا أصبح هذا المنهج يعرف الوسيلة والغاية معًا.

وبتعبير آخر - منهج سليم يعرف مكامن الداء كما يعرف أحسن العلاج والجع الدواء، وهذا المنهج إنما يتمثل فيما شرعه الإسلام من قواعد ونظم وقوانين منها ما هو مدون ثابت خالد لا يعتريه التغير ولا التبديل أبد الدهر، لأنه الملائم فى كل زمان ومكان. ومنها ما هو مرن فى وضعه وتفسيره حسب الزمان والمكان وما تقتضيه مصلحة الإنسان وتحقيق التعادل المادى والروحى الذى أراده الإسلام وهو واجب التطبيق والتنفيذ على الجميع الحاكم والمحكوم فى نظره سواء وإلا لأصبح المنهج نظريا لا فائدة منه فائدة كاملة للإنسان وهذا ما يناهضه ويرفضه مبدأ الإسلام الذى هو عقيدة ونظام «وعمل» فى إطار واحد متكامل[١].

---

(١) انظر للمؤلف العلاقات العامة والخاصة فى الإسلام ص ١١.

المبحث الثانى

التشريعة والفقه والتشريع

تعريف الشريعة :

استعمل العرب كلمة الشريعة فى معنيين :

أحدهما: الطريقة المستقيمة، وبهذا المعنى ورد قول الله سبحانه وتعالى : ﴿**ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون**﴾[١].

والثاني: مورد الماء الجارى الذى يقصد للشرب، ومنه قولهم: شرعت الإبل، بمعنى أنها وردت شريعة الماء.

أما تعريف الشريعة عند الفقهاء فيطلق على الأحكام التى سنّها الله لعباده وهى بهذا تشمل جميع الشرائع السماوية التى نزلت للناس على أيدى أنبيائهم. ومع ذلك فإن الشريعة إذا أطلقت كان المراد بها شريعة الإسلام التى نزلت على يد محمد ﷺ لأنها خاتمة الشرائع ولأنها حوت من الشرائع السابقة أحسن ما فيها وزادت عليها من التشريعات ما جعلها شريعة كاملة صالحة للناس فى كل زمان ومكان وقد سبق توضيح ذلك عند الكلام عن مفهوم الإسلام».

وعلى هذا تعرف الشريعة الإسلامية بأنها : «مجموعة الأحكام التى سنها الله للناس جميعًا على لسان رسوله محمد ﷺ فى الكتاب والسنة[٢].

موضوع الشريعة الإسلامية:

تناولت الشريعة الإسلامية أمورًا ثلاثة لموضوع واحد هى: العقائد والأخلاق والمعاملات.

---

(١) سورة الجاثية الآية ١٨.

(٢) المدخل لدراسة الفقه للدكتور محمد الحسينى، الطبعة الثالثة ص ٨ ، وللدكتور نصر فريد المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية ص ١٣.

الأمر الأول : العقائد:

وفيه بيان كل ما يتعلق بها من فاسدها وهى عقيدة أهل الشرك وصحيحها، وهى عقيدة التوحيد. وقد بين هذا القسم الإلهيات والرسالات والملائكة والجن والساعة والقيامة والحشر والجزاء إلى آخره. ومحل دراسة ذلك تفصيلا هو علم العقيدة أو التوحيد أو علم الكلام.

الأمر الثانى: الأخلاق:

وقد بينت الشريعة الإسلامية فى هذا القسم الحميد من الأخلاق وحثت على اتباعه، وذلك كالصدق والأمانة والوفاء والكرم والشجاعة كما أوضحت فيه مساوىء الأخلاق والرذائل وأمرت بوجوب تركها واجتنابها، وذلك كالكذب والخيانة والغدر والجبن والنفاق، ومحل تفصيل ذلك هو الأخلاق.

الأمر الثالث: الأحكام العملية:

وفى هذا القسم بينت الشريعة الإسلامية أفعال العباد الحسية وأحكامها فبينت الحرام والحلال وما هو الواجب فعله والواجب تركه والمباح للناس كما بينت كذلك فيما يتعلق بالتصرفات والجرائم أركان كل واحد منها وأسبابه وشروطه وموانعه والآثار التى تترتب عليه(١).

الشريعة والتشريع:

التشريع يراد به سن القوانين التى تنظم حياة الناس ومعاملاتهم فى هذه الحياة، وهى بهذا تشمل التشريعات الإلهية والتشريعات التى من فعل البشر، فإذا كانت التشريعات مأخوذة من الشريعة كانت تشريعًا سماويا ومن هنا كان إطلاق التشريع الإسلامى لأنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهى من الله.

وإذا كانت التشريعات من فعل البشر سميت تشريعات وضعية، وبناء على

---

(١) راجع التفصيل فيما سيأتى من مباحث الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ومباحث الأحكام الشرعية فى جميع كتب الأصول.

¡

هذا يكون التشريع السماوى وهو مجموعة الأوامر والنواهى والإرشادات التى يشرعها الله تعالى للناس ليعملوا بها ويهتدوا بهديها.

أما التشريع الوضعى:

فهو مجموعة الأوامر والنواهى والقواعد التى يضعها فرد أو جماعة تختارها الأمة بواسطة من له السلطان لتحتكم إليها وتسير على ضوئها فى الحياة.

والتشريع أيا كان لا يوجد إلا فى مجتمع إذ لا عمران إلا باجتماع ولا اجتماع إلا بقانون منظم فكل من التشريعين يهدف إلى تنظيم الروابط بين الناس ليقوم العدل فيهم ويأمن بعضهم عدوان بعض إلا أن التشريع السماوى إلهى بمصدره وأحكامه الأولى، بينما التشريع الوضعى يستمد أحكامه من سلطان الدولة التى تسنه وتعدله أو تلغيه حسب الظروف والأحوال.

حاجة الناس إلى تشريع:

ولا شك أن الناس بطبيعتهم فى حاجة إلى تشريع يحدد لهم علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم لأن الإنسان كائن اجتماعى خلقه الله هكذا طبيعيًا وغرائزيًا فهو بدافع غريزته وبداعى طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفردًا، لأن غريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته فكان لابد له من أن يستفيد من مجهودات غيره فى هذا السبيل ومن هنا دعته طبيعته إلى أن يختلط بغيره فيشاركه فى المعيشة ويساهم معه فى النشاط يتبادل معه النفع وفى هذا المعنى يقول الله سبحانه وتعالى فى القرآن الكريم: **﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلنا كم شعوبًا وقبائل لتعارفوا﴾**[1].

ولهذا قال الشاعر العربى:

الناس للناس من بدو ومن حضر   بعض لبعض وإن لم يشعروا خدم

فوجود المجتمع إذن أمر حتمى - ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا فى جماعة

---

(١) سورة الحجرات الآية (١٢).

وفى هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة. فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك. والفرد فى سعيه لإشباع حاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحه مع مصالح غيره من الأفراد. ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقا لهواه لغلب مصلحته على مصلحة غيره فتصبح الغلبة للقوى. وحينئذ تعم الفوضى ويسود الاضطراب الأمر الذين يهدد كيان المجتمع ويؤدى به إلى الاضمحلال والفناء.

لهذا كان لابد للمجتمع من نظام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات على نحو يتم فيه التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث يمكن تحقيقها جميعًا.

وقد فطن الإنسان من قديم بحكم حاجته إلى البقاء والعيش فى المجتمع إلى أن الوسيلة لكفالة هذا النظام هو أن ينزل كل فرد على قدر من حريته حتى يمكن للجميع أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة. ومقتضى هذا أن يكون هناك قواعد موضوعة مقدما يستهدى بها الأفراد فى سلوكهم ومعاملاتهم وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد بحيث يكون من شأن هذه القواعد أن تقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل، ومن هذه القواعد يتكون القانون[(١)] وهو يشمل القانون الإلهى والقانون الوضعى.

مميزات التشريع السماوى:

ومع أننا قلنا إن التشريع يشمل المضمون العام وهو القانون وإن هذا يشمل السماوى والوضعى، فإن هناك عدة مزايا يتميز بها التشريع السماوى عن التشريع الوضعى وهى:

١ - التشريع السماوى قائم على الإحاطة والشمول، لأنه من الله الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور.

---

(١) راجع نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية للدكتور عبد المنعم الصده ص ٧ طبعة سنة ١٩٧٠ والأسرة والمجتمع للدكتور محمد سلام مدكور ص ١٠.

أما التشريع الوضعى الذى مصدره البشر فهو قاصر دائمًا على الإحاطة بمصلحة الناس وبذا لا يرقى إلى التشريع السماوى مهما قوى سلطانه.

٢ - التشريع السماوى لا يحتمل الخطأ فهو الصواب دائمًا، لأنه من الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه بل هو تنزيل من الله العزيز الحكيم.

٣ - التشريع الإلهى منزه عن الهوى والغرض أما التشريع الوضعى فقد نلاحظ عند وضعه أغراضًا معينه تراعى فيها مصلحة أشخاص معينين ويهدف إلى تحقيق رغبة بعض المشرعين الخاصة لطبقة معينة.

٤ - التشريع السماوى يربى فى النفس طهارة القلب ويقظة الضمير ورقة الشعور وكظم الغيظ والعفو عند المقدرة، فقد أحاط أحكامه بسياج من الخلق الرفيع كما سن لكل عمل من أعمال الإنسان حكمين: حكما فى الدنيا يتعلق بمظهر العمل الدائر بين الناس، وحكما فى الآخرة يتعلق بالقصد الحقيقى والباعث عليه.

فالتشريع السماوى يحاسب على الأعمال الداخلية حتى التحضيرية كما يحاسب على الأعمال الخارجية وهو بهذا متفق مع الأخلاق ومتصل بالضمير الإنسانى اتصالاً وثيقا، ولذا فهو دائمًا يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر.

أما التشريع الوضعى فيغلب على طابعه الناحية السلبية فقط، إذ لا يعنى فى الغالب بالأخلاق والضمير.

٥ - التشريع السماوى رادع إذا كل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب وأن كل نفس توفى ما كسبت إن خيراً فخير وإن شراً فشر قال تعالى: **﴿يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضراً وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمداً بعيداً﴾**[1].

---

(١) سورة آل عمران الآية ٣٠.

ومن يؤمن بذلك لا يستطيع أن يتنكر الجريمة ويتنصل من عقاب الدنيا أو يحتال على إخفائها.

وهذا بخلاف التشريع الوضعى حيث إن الإنسان لا يعاقب على ما ارتكبه من جرائم إلا إذا انكشف أمره ومن أجل ذلك فهو يتحايل دائما لإخفاء جريمته والتنصل مما فعله لإسقاط العقاب عن نفسه.

٦ - التشريع السماوى يشجع على الطاعة ويبشر الصالحين أعمالا ويعدهم الثواب العظيم، ولا شك أن فى هذا من الحث على الطاعة والتحذير من ارتكاب الآثام والجرائم لأن المطيع سوف لا يتخلص من عقاب العصيان فقط بل سيأخذ أجراً على طاعته. فتشريع يكافىء المطيع أولى بالاتباع من تشريع يقول للمحسن لا فضل ولا أجر على ما أديت من واجب كما هو الحال فى التشريع الوضعى[١].

التعريف بالفقه الإسلامى:

الفقه فى اللغة: العلم والفهم، وفى هذا المعنى ورد فى قول الله سبحانه وتعالى فى القرآن ﴿**وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون**﴾[٢].

فالمراد بالفقه فى الدين فى الآية هو فهم وعلم جميع أحكام الدين الشرعية، وهذا معنى قول النبى ﷺ «من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين».

أما تعريف الفقه فى اصطلاح الفقهاء فهو:

«العلم بالأحكام الشرعية العملية المأخوذة من الأدلة التفصيلية».

ويراد بالأحكام الشرعية العملية فى هذا التعريف خطابات الشارع الحكيم

---

(١) راجع الإسلام والأسرة والمجتمع ص ١١ وما بعدها ومدخل الفقه للدكتور حسين حامد ص ١١ طبعة أولى .

(٢) سورة التوبة الآية ٢٢.

المتعلقة بأفعال العباد الحسية من فعل أو ترك والمتضمنة بيان تصرفات الناس من الصحة والفساد والبطلان والوقف والنفاذ واللزوم.

والأحكام الفقهية بناء على هذا لا تشمل أحكام العقائد ولا الأحكام التى تتعلق بالأخلاق.

وعلم الله سبحانه وتعالى بالأشياء لا يسمى فقها وإنما يسمى كشفا، لأنه ليس عن اجتهاد ونظر، وكذا علم النبى ﷺ بالأحكام الشرعية لا يسمى فقها، لأنه ليس بطريقة الاجتهاد وإنما هو بطريق الوحى.

والفقيه بناء على التعريف السابق للفقه (هو من له ملكة خاصة وقدرة على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وهو بهذا المعنى شمل المجتهد فى الأحكام الشرعية فعلى هذا يصح أن نقول: هذا مجتهد ونقصد أنه فقيه كما نقول: أنه فقيه ونريد أنه مجتهد فى الأحكام الشرعية[١].

علاقة الفقه بالشريعة:

والفقة الإسلامى أخص من الشريعة الإسلامية، لأنه أحد أقسامها الكلية كما سبق فى تعريف الشريعة لأنه يختص بالجانب العملى منها فهو بمثابة النوع من الجنس إلا أن الشريعة الإسلامية كثيراً ما تطلق ولا يراد منها إلا الفقه، ومن هذا تسمية الكلية التى يدرس فيها الفقه الإسلامى بكلية الشريعة وتسمية مادة الفقه فى كليات الحقوق (بالشريعة الإسلامية) وهذا من باب إطلاق العام وإرادة الخاص أى أنه إطلاق مجازى متعارف عليه.

تطور معنى كلمة فقه:

على أن كلمة فقه بهذا المعنى لم تعرف فى صدر الإسلام فى أيام الرسول ﷺ إذا لم يكن لأحد من أصحابه فى حال حياته أن يجتهد فى استنباط

---

(١) راجع المدخل إلى الفقة الإسلامى للدكتور محمد الحسينى ص ١١ والتعريفات للجرجانى مادة فقه كتب الأصول فى التعريف بالأصول والفقه.

أى حكم شرعى إلا بعد تعذر سؤاله لبعد الشقة بينه وبينه، أو لاشتغاله عليه الصلاة والسلام بما هو أهم أو نحـوه، أو إذا أمره عليه الـصلاة والسلام بذلك على سـبيل التعـليم والتدريب ومـا كان يحـدث شىء من ذلك لأى واحد من الأصـحاب إلا عرضا وكذا من بعد وفاته ﷺ فى أيام الصحابة وأوائل عصر التابعين فما كان هناك فى هذا العصـر للأحكام الشرعيـة العملية (علم الفقـه) علم خاص بها له منهـاجه وأصوله التى يقوم عليها يبحث فيه، ومـا كان اشتغال العلماء به إلا حيث يستدلون عن مسألة من مسائله فيفتون فيـها أو يحجمون وما كانوا يفتون إلا بما يحفظونه من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ وقليلا ما كانوا يفتون بالرأى والاجتهاد، ولذا فإن هذه الطائفة مـن العلماء والذين اشتـهروا بالفـتوى كانوا يعـرفون (بالقـراء) لأنهم كانوا حفظة القرآن الكريم وقراءه وكذا سنة النبى ﷺ. ولم يشع إطلاقا اسم الفقهاء على المشتغلين بالأحكام الشرعية العمليـة إلا فى وسط عصر التابعين عندما انصرفوا عن الاشتغال بالسياسة إلى الفقه أثناء حكم بنى أمية وكان ذلك بداية تأسيس علم الفقه ووضع منهجه العلمى. وكان فرسان هذه الحلبة جماعة من فقهاء المدينة على رأسهم سعيد بن المسيب ومن ذلك الوقت أطلق على المشتغلين بالفقه (الفقهاء)[1].

وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام عن المراحل التاريخية للفقه الإسلامى.

موضوع علم الفقه:

سبق أن بينا أن الفقه الإسلامى فرع من فـروع الشريعة الإسلامية وعرفناه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية) وبذا يكون موضوع علم الفقه هو الجانب العملى من الشريعة الإسـلامية، أو بمفهوم آخر هو عبارة عن التكاليف الشرعـية العملية التى تـدخل فى أفعال المكلفين سواء منهـا ما يدخل فى باب العبادات أو ما يدخل فى باب المعـاملات أو ما يدخل فى باب الجنايات وسواء منها ما يتعلق بالجـانب الشخصى أو العلاقات الاجتماعيـة المحلية أو الدولية وسواء تعلق ذلك بالفرد وحده أو كان فيما يخص الفرد وخالقه.

---

(١) راجع المدخل لمحمد الحسينى ص ١٢ - ١٤، وحسين حامد ص ٩.

وهذه التكاليف منها ما هو فى الجانب المطلوب فعله ومنها ما هو من الجانب المطلوب تركه ومنها ما هو متروك لإرادة الإنسان واختياره، وعلى كل فإن هذه التكاليف كلها إنما تدخل تحت مفهوم التكاليف الشرعية العملية (أو الحقوق والواجبات فى الإسلام)[١].

---

(١) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة والفقه والتشريع للدكتور نصر فريد الباب الرابع والحقوق والواجبات للدكتور محمد رافت عثمان.

المبحث الثالث

الصحة والفساد والبطلان

الصحة والفساد والبطلان أوصاف ترد على ما يصدر من أفعال المكلفين من الناس أو ما يباشرونه سواء تعلقت بحكم تكليفى أو بحكم وضعى. والفساد والبطلان قسمان يندرجان تحت عدم الصحة وصحة الفعل معناها ترتب آثاره الشرعية عليه. فإن كان ما صدر من المكلف فعلا واجبا عليه كالصلاة والصيام والزكاة والحج وغير ذلك من الواجبات برئت ذمته منه واستحق التوبة فى الآخرة، وإن كان الذى باشره المكلف سببًا شرعيا كالزواج والطلاق والبيع واستوفى المكلف أركانه وشروطه ترتبت عليه آثاره الشرعية. وكذا إن كان شرطا، كالطهارة فى الصلاة فإن تحقق الشرط تحقق المشروط وكان بالفعل صحيحا، وعدم صحة الفعل معناها كونه بحيث لا تترتب آثاره الشرعية عليه لكونه لم يتم على النحو الذى أراده الشارع فإن كان الذى صدر من المكلف واجبًا لا يسقط عنه ولم تبرأ ذمته منه، وإن كان الذى باشره المكلف سببًا شرعيًا لا تترتب عليه آثاره، وإن كان شرطا لا يتحقق المشروط.

الفرق بين الفساد والبطلان :

وهنا اتفاق بين الفقهاء على أن عدم الصحة فى العبادات قسم واحد يشمل الفساد والبطلان، فالعبادات إما صحيحة أو غير صحيحة ولا فرق فى غير الصحيح فيها بين الباطل والفاسد، لأن العبادة غير الصحيحة باطلة سواء كان الخلل فى ركن من أركانها أم فى شرط من شروطها، فإن جاءت ناقصة فى بعض أركانها أم فى شرط من شروطها لا تسقط عن المكلف ولا تبرأ منها ذمته.

أما المعاملات فإن الجمهور على أن الفاسد منها والباطل سواء كما فى العبادات لأنه يترتب على الفساد والبطلان شىء واحد وهو عدم ترتب الآثار

الشرعية كل عقد فاسد أو باطل فالعقد والفعل عندهم إما صحيح أو غير صحيح.

أما فقهاء المذهب الحنفى: فإنهم فرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى المعاملات وإن كان ذلك يندرج عندهم تحت عدم الصحة.

فإن كان الخلل فى أصل العقد أى فى ركن من أركانه بأن كان فى الصيغة والعاقدين أو المعقود عليه كان العقد باطلا لا يترتب عليه أثر شرعى.

وإن كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد بأن كان فى شرط خارج على ماهيته أى أركانه كان العقد فاسدًا وترتبت عليه بعض آثاره.

وعلى هذا يكون بيع المجنون أو غير المميز أو بيع المعدوم باطلا أما البيع بثمن غير معلوم فهو فاسد، ويكون زواج غير المميز وزواج إحدى المحرمات مع العلم بالحرمة باطل أما الزواج بغير شهود فهو فاسد.

والبيع الباطل لا يترتب عليه أى أثر أما البيع الفاسد فإنه يفيد الملك للمشترى إذا قبض المبيع بإذن البائع.

والزواج الباطل لا يترتب عليه أثر. أما فى الزواج الفاسد فإنه إذا حصل دخول بعد العقد وجب المهر والعدة عند الفرقة وثبت النسب.

وبذلك يتميز العقد الفاسد عن الباطل عند الحنفية فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعًا بأصله ووصفه ولا يترتب عليه أثر. والعقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه وتترتب عليه بعض الآثار[1].

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى مباحث نظرية العقد من المدخل الوسيط لدراسة الشريعة للدكتور نصر فريد محمد واصل.

المبحث الرابع

الفقه الإسلامى والتشريعات القانونية الحديثة

المقصد الأول

تقسيمات القانون الوضعى

يتناول القانون فى تنظيمه لشئون المجتمع موضوعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية، وعلى هذا الأساس قسم القانون فى نظر فقهاء القانون الوضعى إلى قسمين رئيسيين هما:

١ - القانون العام.

٢ - القانون الخاص.

وينطوى تحت كل قسم من هذين القسمين فروع متعددة.

القانون العام:

وهو الذى ينظم العلاقة بين الأفراد والسلطات العامة فى الدولة ويحكم العلاقات المتصلة بحقوق السيادة فيها، وهذه العلاقات إما أن تكون بين دولة ودولة أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة فى الدولة أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص.

أما القانون الخاص:

فهو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة ولا تتصل بحق السيادة فيها وهذه العلاقات إما أن تكون بين الدولة باعتبارها شخصًا اعتباريًا عاديًا وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص بعضهم مع

بعض سواء كانوا أشخاصا اعتباريين كالهيئات والمؤسسات أو كانوا أفرادًا عاديين.

فروع القانون العام:

وفروع القانون العام وفقا للرأى السائد عند فقهاء القانون هى القانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى والقانون الجنائى بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية والقانون الدولى العام.

فروع القانون الخاص:

وفروع القانون الخاص هى القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل والقانون الزراعى وقانون المرافعات المدنية والتجارية - وهو مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية وتبين الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون المدنى والقانون التجارى. ومن فروع القانون الخاص أيضًا القانون الدولى الخاص.

المقصد الثانى

تقسيم الفقه الإسلامى

لقد عرف الفقه الإسلامى جميع النظم والقوانين التى عرفها فقهاء القانون الوضعى، بل سبق الفقه الإسلامى فى دقة أحكامه وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان وذلك باعتبار أن الفقه الإسلامى هو فقه القانون الإسلامى الذى ينظم حياة الناس من الناحية العلمية، والقانون الإسلامى هو تشريع من الله وتشريع الله هو دائمًا الأعلى والأفضل والأولى بالاتباع، لأنه صالح للناس فى كل زمان ومكان، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام عن مميزات الشرائع السماوية عن التشريعات الوضعية. هذا وليس معنى ذلك هو توافق التنظيمات الفقهية مع التقسيمات القانونية فى المسميات والتنظيمات والأحكام، لأن كل قانون له صناعته الخاصة فلرجال فقه القانون الوضعى تقسيمهم ولرجال فقه القانون الإسلامى تقسيماتهم التى شملت فى الجملة تقسيمات القانون الوضعى، وسيظهر ذلك مما يأتى.

فالأحكام الشرعية التى يتكون منها الفقه الإسلامى تنقسم إلى قسمين رئيسيين يضم كل قسم منهما طائفة كبيرة من الأحكام الشرعية المتشابهة من حيث نوع العلاقة التى تحكمها.

ثم يتفرغ كل قسم من هذه الأقسام إلى فروع كثيرة حسب أطراف هذه العلاقة، وهذا التقسيم قريب من التقسيمات التى ذكرها فقهاء القانون الوضعى، لأنهم نظروا إلى الحق العام والحق الخاص ونظموا أبحاثهم على هذا الأساس طبقا لنظرية الحقوق والواجبات فى الإسلام وعلى هذا الأساس انقسم الفقه الإسلامى إلى قسمين رئيسيين هما:

١- عبادات.

٢ - معاملات.

أما العبادات:

فهى الأحكام الشرعية التى تنظم علاقة المرء بربه فتبين ما يجب عليه نحو خالقه من فعل الطاعات وترك المحرمات كإقامة الصلاة، والصوم وترك تناول المحرمات كالميتة ولحم الخنزير، وهذا القسم يدخل تحت القسم العام أو الحق العام أو القانون العام حسب الاصطلاح الحديث.

وسبب دخولها تحت القانون العام أنها شرعت حقا لله تعالى على جميع المكلفين المسلمين والذين يطبق عليهم القانون الإسلامى.

وغاية العبادات هى التقرب إلى الله تعالى طلبا لمرضاته وخوفًا من عقابه، ولذلك يقال: إن العبادات شرعت حماية لحق الله على عباده إذ حق الخالق على خلقه أن يعبدوه ولا يشركون به شيئًا وأن يلتزموا أوامره ويتجنبوا نواهيه.

وأما المعاملات:

وتسمى العادات أيضًا، فإنها تشمل الأحكام الشرعية التى تحكم العلاقات الاجتماعية بين الناس سواء كان ذلك بين الفرد والفرد أو بين الفرد والدولة الإسلامية أو بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول.

وهذه الأحكام مقصود بها المحافظة على حقوق الناس وتحقيق مصالحهم ودفع الفساد والضـرر الواقع أو المتوقع عليهم، فهى أحكام شـرعت لحفظ الأمن والنظام وتقرير الحقوق والواجبات داخل الدولة الإسلامـية أو المجتمع الدولى وتحقيق قواعد العدل والمساواة بين أفـراد هذه الجماعة أو ذلك المجتـمع وذلك بالموازنة بين الحقوق المتعارضة وحماية الحق الأول - بالحماية والرعاية.

وهذا لا يمنع أن امتثال هذه الأحكام طاعة لله ورعـاية لحقه وأن الخروج عليها معصية لله وتفـويت لحقه غير أن المقصود الأساسى فى أحكام المـعاملات هو تحقيق مصالح الناس وحمـاية حقوقهم ودفع الفساد عن الجماعـة وإن جاءت رعاية حقوق الله تعالى لذلك تبـعا على خـلاف العبادات التى قـصد منها أولاً التـقرب إلى الله ورعاية حقه وإن تحققت فـيها للناس مصالح ودفعت عنهم مفاسد نتـيجة قيامهم بما فرضه عليهم من عـبادات تبعا. فمثلا الصلاة تنهى عن الفـحشاء والمنكر والوضوء يؤدى إلى النظافة والنظافـة تبعد الإنسان عن الأضـرار الصحية والأمـراض وتحافظ على سلامته وصحته وهكذا.

فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى:

المعاملات هى التى ترادف القانون لأن كلا منها ينظم العلاقات بين الأفراد أو الدول. وأحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى ثلاثة أنواع:

١ - أحكام تنظم علاقة الأفراد بالدولة.

٢ - وأحكام تنظم علاقة الفرد وهذا يشمل علاقة الفرد بغيره وبنفسه.

٣ - أحكام تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول وقت السلم والحرب.

وكل نوع من هذه الأنواع يشكل فرعًا متمايزًا من فروع الفقه الإسلامى.

الفرع الأول:

الأحكام التى تنظم علاقة الدول الإسلامـية بغيرها من الدول. وهذه الأحكام

هى التى يقابلهـا قواعد القـانون الدولى العام التى تطبق على عـلاقات الدول وقت السلم والحرب.

وكان الفقه الإسلامى هو أول من وضع القواعد الدولية فى هذا المجال حيث وضع القواعـد التى تلتزم بها الدولة الإسـلامية فى عـلاقاتها مع غـيرها من الدول وقت السلم والحرب. بل جعل التزام هذه القواعد فـريضة يثاب على فعلها ويعاقب على تركها.

فقد أوجب الإسلام على الدولة الإسلاميـة أن تعلن الحرب قبل بدء الأعمال الحربية إذا دعت ضرورة لهذه الحرب وذلك فى حالة الاعتداء على الدولة الإسلامية أو نقض العهود والمواثيق التى عـقدتها الدولة الإسلامية مع غـيرها من الدول، قال الله تعالى فى القرآن الكريم: **﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين﴾**[1].

والمعنى: أنه إذا ظهـر لك أن الذين عـاهدتهم وسـالمتهم قـد خـانوا العهـد فأعلمهم أنك سـتقاتلهم بسبب هذا النقض حـتى يأخذوا للحرب عدتها ويسـتعدوا لها، لأن الله لا يحب الخائنين. وقد حرم الإسلام على الجيوش الإسلامية أن توجه الأعمـال الحربية لغيـر المحاربين، فقـد كان النبى ﷺ إذا بعث جيـشًا أوصاهم بألا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا وألا يقطعوا شجرًا ولا يهدموا بناءً ولا يذبحوا بقرة ولا شاة ولا يعقروا بعيرًا. وكان يقول لهم من ضمن وصاياه: وستجدون أقوامًا فى الصوامع حبسوا أنفسهم للعبادة فدعوهم وما حبسوا أنفسهم له.

كمـا بين الإسلام مـا يتبع فى شأن الأسـرى وتكلم على المعاهـدات الدولية والهدنة واتفاقيـات السلام، وجعل وفاء المسلمين بالمعاهدات فريضـة محكمة. قال تعالى **﴿فما استقاموا لكم فـاستقيموا لهم﴾**[2] **﴿وأوفوا بعهـد الله إذا عاهدتم ولا**

---

(١) سورة الأنفال الآية ٥٨.

(٢) سورة التوبة الآية ٧.

تنقضوا الأيمان بعد توكيدها﴾[١] والأيمان المراد بها في الآية المواثيق والعهود التى تبرم مع الأعداء.

وقد نظم الفقه الإسلامى هذا القسم ووضح قانونه رجال الفقه على اختلاف مذاهبهم تحت عنوان «**السير والجهاد**» بل زاد البعض فى الأمر من العناية والتخصص فعالج أحوال السلم والحرب فى مؤلفات خاصة وذلك ككتابى «السير الصغير، والسير الكبير» لمحمد بن الحسن الشيبانى صاحب الإمام أبى حنيفة، وكتاب السير لعبد الرحمن بن محمد الأوزاعى المتوفى سنة ١٥٧ هـ ومن الكتب الحديثة فى هذا المجال صدر الكثير[٢].

الفرع الثانى من فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى هو:

الأحكام التى تنظم العلاقات الاجتماعية العامة فى داخل الدولة الإسلامية، وهذه يقابلها فى القانون الوضعى والدستورى، والإدارى، والمالى، والجنائى والتى تقع تحت نطاق القانون العام.

وقد تكلم الفقهاء المسلمون عن حقوق الأفراد وحرياتهم ووضعوا فى ذلك من النظريات والأفكار ما استنارت به البشرية كلها، فهم أول من تكلم عن حريات الأفراد وحقوقهم التى لا تستطيع الدولة الاعتداء عليها أو مصادرتها.

والفقه الإسلامى هو صاحب نظرية تقييد السلطات للحكام، وهو الذى قرر مبدأ سيادة القانون وأن الأمة هى مصدر السلطات جميعا وصاحبة السيادة ولها الحق وحدها فى اختيار الحاكم ورسم السياسة التى يتبعها فى قيادة الأمة كما أن لها عزله إذا خالف إرادة الأمة أو أساء فى استعمال السلطات التى منحها له الشعب **وبذلك كان الفقه الإسلامى أسبق الدساتير جميعا فى تقرير مسئولية الحاكم سياسيًا أو جنائيًا.**

---

(١) سورة النحل الآية ٩١.

(٢) راجع للدكتور نصر فريد (محمد رسول الإسلام والسلام)، (والعلاقات العامة والخاصة فى الإسلام). وللدكتور وهبة الزحيلى (آثار الحرب فى الإسلام).

ولقد جـمع هذه المعانى أول خليفة لـلإسلام. فعندما تولى أبو بكر الخـلافة لأول مرة بعد انتقال الرسول إلى الرفيق الأعلى قال فى خطبته المشهورة (**أيها الناس إنى وليت عليكم ولست بخيركم أطيعونى ما أطعت الله فـيكم فإن عصيته فلا طاعة لى عليكم**).

وفى خلافة عـمر بن الخطاب رضى الله عنه وقف من بين النساء والعـبيد من حاسب عمر الحـاكم العام أمام الملأ فى المسجد الجامع فى سياسـته المالية ويرد عليه آراءه الفقهية ولم نجد اعتراضا من هذا الحاكم العام بل سره ذلك وحمد الله على أن جعل فى الأمة من يحاسب الحكام ويناقشهم ويشارك بذلك فى الحكم والإدارة

وبالنسبة للقانون الدستورى والقانون الإدارى نجـد اعتناء الفقهاء به فى جميع كتب الفقـه فى المباحث التى تختص بذلك إلا أنهم أيضًا لأهميتهـا قد أفردوها فى مؤلفات خاصة ومنها كتب السياسية الشرعية التى تكلمت عن النظام الإدارى للدولة وبينت الوظيفة الإدارية لهـا واختصاصات جهـات الإدارة التى تشارك ولى الأمر فى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها.

ومن أحـسن ما كـتب فى هذا المجال - الأحكـام السلطانية للإمـام الماوردى المتـوفى سنة ٤٥٠هـ والأحكام السلطانيـة للقـاضى أبى يعلى المتـوفى سنة ٣٠٧هـ والسيـاسة الشرعـية لابن تيمـية المتوفى سنة ٧٢٨هـ، وغـير ذلك وهذا زيادة على الكتب والمؤلفات والأبحاث العصرية التى ظهـرت على يد الفقهاء المحدثين فى هذا المجال.

وهناك فى الفقه الإسلامى كتب تخصـصت فى السياسة المالية للدولة تكلمت عن موارد بيت المال وطرق إنفاقها، ومن ذلك - كتاب الخراج لأبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة وكتاب الأموال لأبى عبيدة المتوفى سنة ٢٢٤هـ وغير ذلك.

والفقه الإسلامى يعرف قانونًا جنائيًا متكاملاً فقد تكلم الفقهاء المسلمون على الجرائم والعقوبات المقدرة وهى عقوبات الحـدود والقصاص، والعقوبات غير المقدرة وهى العقوبات التعزيرية.

وللفـقهـاء المسلمين فى المجال الجنائى نـظريات تفوق أحـدث النظريات التى ظهرت فى القـانون الجنائى الحديث، بل إن كـثيراً من القـوانين الجنائية قـد أخذت بنظريات الفقه الإسلامى الجنائى واقتفت خطاه فى كثير من الأقطار[١].

الفرع الثالث من فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى:

الأحكام التى تنظم علاقة الفرد بالفـرد فى داخل الدولة الإسلامية وهى التى تدخل تحت القانون الخاص حسب الاصطلاح الوضعى الحديث الذى يشمل القانون المدنى والتجـارى وقانون الأسـرة وقانون المرافعـات والقانون الدولى الخـاص. وقد عالج الفقه الإسلامى جميع المسائل والموضوعات التى تناولتها هذه القوانين.

فبالنسبة للقانون المدنى نجده يمـثل جزءاً من المعاملات فى الفقه الإسلامى فى مباحث البيوع والإيجار والرهن والمساقاة والمزارعة والهبة والوديعة ... إلخ[٢].

وقد تكلم فقـهاء الشريعة عن الأموال وطرق اكتـسابها وانتقالها كـما تكلموا على الحق وبينوا مصـادره المختلفة وعـالجوا نظرية العـقد والفعل الموجب للضـمان وذكروا تطبيـقات لنظرية الإثراء بلا سبب ثم بحثوا عـلاقة الدائن بالمدين. وتكلموا عن طرق التنفيذ المخـتلفة وغير ذلك من موضوعـات القانون المدنى، ونجد هذا كله منشوراً فى أبواب الفقه المختلفة.

أما الجزء الآخر من القانون المدنى والذى يتعلق بحالة الأشخاص - وأهليتهم وبالمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كـالخطبة والزواج والطلاق وحقوق الزوجين والمسائل المتطرقـة إلى البنوة والإقـرار بالأبوية أو إنكـارها والعلاقـة بين الأصـول والفـروع والالتزام بالنفقة للأقارب وأحكام الإرث - والوصايا والأوقاف وغير ذلك مما يدخل فى أحكام الأسرة، فقد تكلم عنها الفقهـاء وبالتفصيل فى أبوابها فى جميع الكتب

---

(١) راجع: التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عودة، الجنايات فى الإسلام للدكتور حامد محمود إسماعيل. وللدكتور نصر فريد (أحكام السرقة فى الفقه الإسلامى) والوسيط فى جريمة الزنا والقذف.

(٢) راجع أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، والدكتور نصر فريد (المعاملات الشرعية وأحكام فى الفقه الإسلامى).

الفقـهية على اخـتلاف المذاهب، وقواعد الفـقه الإسلامى فى هذا المجـال غاية فى الدقة وآية فى الإعـجاب سبقت الشـريعة فيه غـيرها من القوانين الوضعـية بمراحل بعيـدة، بل إن المتتـبع لتطور القوانين فى مـجال الأسرة يـجدها تتجـه نحو الفـقه الإسلامى تستمد أحكامها وتسترشد بنظرياته فى تقرير هذه الأحكام ولاشك أن هذه الأمور قد أخذت قـدراً كبيراً من عناية فقهاء الإسـلام، وذلك لاتصال القواعد التى تحكم مثل هذه الأمور بالعبادات.

وأما أحكام المرافـعات وهى الأحكام التى تتكلم عن شروط الدعـوى وطريقة الحكم فيـها وتبين القـاضى المختص بفـصل النزاع وما يجب على الخـصوم اتبـاعه للوصول إلى حقوقهم أو الفصل فى قضـاياهم فقد حظى بأبحاث مطولة وتكلم فيه الفقهاء المسلمـون بما لم يسبقوا إليه، وتجد ذلك فى أبواب الدعـاوى فى كتب الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه كما تجده فى بعض الكتب المتخصصة ككتاب «**معين الحكام**» لعلاء الدين الطرابلسى المتوفى سنة ٨٤٤هـ، «**وتبصرة الحكام**» لابن فرحون المتـوفى سنة ٧٩٩هـ، و«**الطرق الحكمية**» لابن القيـم المتوفى سنة ٧٦١هـ، وغـير ذلك من الكتب التى تخصـصت بالبحث فيما يـتردد بين الخصوم أمام القـضاة وما يجب على القـاضى اتباعه عند الفـصل فى القضـايا ومدى حجـية مـا يصدره من أحكام.

ومن جهة أخرى فقد عقد الفقـهاء المسلمون أبوابا خاصة فى كتبهم بما يسمى الآن بنظام القضاء، تكلموا فيها عن شروط القاضى ووظيفته وطريقة تعيينه والقواعد التى يتبعها عند الفصل فيما يعرض عليه من قضايا[1].

وأما عن أحكام القانون الدولى الخاص وهو الذى يتولى بيان مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الـدعوى وتحديد القانون الواجب التطبيق إذا كـان أحد عناصر النزاع أجنبيًا فقد بينه الفـقهاء المسلمون عند كلامهم عن العلاقـات التى يدخل فيها

---

(١) راجع المدخل للدكتور نصـر فريد كتاب «السلطة القـضائية ونظام القضاء فى الإسـلام» ، وكتاب «نظرية الدعوى والإثبات فى الفقه الإسلامى» مع المقارنة بالقانون الوضعى.

طرف غير مسلم من أهل الذمة أو ممن دخلوا بلاد المسلمين بأمان دائم أو مؤقت وبينوا فى ذلك حالات اختصاص القضاء الإسلامى وما يطبق على مثل هذه العلاقات من أحكام، كما وضعوا قواعد عامة لما يلتزم به غير المسلمين من أحكام الإسلام وما يطبق من أحكام مللهم وشرائعهم وذلك سواء كان غير المسلمين يقيمون بدار الإسلام إقامة دائمة أو مؤقتة.

والفقه الإسلامى وإن لم يصرح باصطلاح الجنسية إلا أنه قد تكلم عن الرابطة التى تربط الفرد بالدولة وذلك هو مفهوم الجنسية فى الاصطلاح الحديث فتكلموا عما يربط الفرد بالدولة وأسباب زوال هذه الرابطة بما يجعل هذه الأبحاث قريبة من الأبحاث الخاصة بأسباب اكتساب وفقد الجنسية فى القانون الدولى الخاص.

وقد توسعت كتب الفقه الإسلامى فى تفصيل حقوق الأجانب بطريقة لم يسبق الشريعة الإسلامية فيها قانون وضعى آخر[١].

---

(١) راجع المدخل إلى الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد ص ١٥ وما بعدها الطبعة الأولى والدكتور أحمد النجدى ص ٢٥ وما بعدها، والدكتور محمد الحسينى حنفى ص ٢٩ وما بعدها الطبعة الأولى، والعلاقات (العامة والخاصة) و (محمد رسول الإسلام والسلام) لنا، وآثار الحرب فى الإسلام للدكتور وهبة الزحيلى، والسير الكبير والسير الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى.

المقصد الثالث

علاقة الفقه بالتشريع

التشريع هو سن القوانين والأحكام التى تنظم للناس حياتهم ومعيشتهم وعلاقاتهم الاجتماعية وتبين مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات.

أما الفقه فهو عبارة عن فهم هذه القوانين والأحكام وذلك بتنظيمها وتبويبها وشرحها وتوضيحها بما يجعلها مفهومة للناس جميعًا سهلة التطبيق والتنفيذ وبناء على ذلك يكون المشرع فى الإسلام هو الله وحده صاحب الملك والملكوت، لأنه هو وحده الذى بين للناس حقوقهم وواجباتهم فيما أنزله من تشريعات موحى بها إلى النبى ﷺ والذى أمر أن يبلغها إلى الناس جميعا للعمل بها فى كل زمان ومكان.

أما الفقيه فهو الذى يقوم بأعمال الفقه المبينة قبل قليل. والذى يقوم بهذه الأعمال يطلق عليه فقيه أو مجتهد لاجتهاده فى فهم هذه التشريعات لتبين المراد منها، ويمكن أن يطلق على الفقيه مشرع وهذا من باب المجاز لا الحقيقة، وذلك باعتبار أن الفقه جزء من الشريعة وفرع منها حسب ما سبق توضيحه، ولأنه هو الجانب العملى من الشريعة الذى ينظم للناس شئون دنياهم وهو واجب التطبيق والتنفيذ وهو لا يطبق إلا بعد فهمه فهما صحيحا، وعلم الناس به لأن اللفظ قد يحمل أكثر من معنى واحد كالعام والخاص وما أشبه ذلك. ومن هنا كان التعبير كثيرًا من المتكلمين عن تاريخ الفقه بتاريخ التشريع وهو إطلاق مجازى متعارف عليه بين العلماء.

المبحث الخامس

مصادر الأحكام فى التشريع الإسلامى على وجه الإجمال

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحاكم هو الشارع الإسلامى وهو الله سبحانه وتعالى، وبذا يكون هو مصدر الأحكام وأن جميع المصادر التى نلتمسها ونعتمد عليها فى أحكامنا التشريعية الإسلامية إنما هى أدلة توصلنا إلى الحكم الصحيح الذى أراده الله أو خاطب به المكلفين، ولذلك أطلق عليها أدلة الأحكام التفصيلية، لأننا عرفنا الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلته التفصيلية).

ومادام التشريع الإسلامى تشريعًا عامًا لكل زمان ومكان، فإنه لابد بأن يكون لكل واقعة حكم فى التشريع الإسلامى، والمصدر الأصلى أو الدليل الأول الذى ينبغى الرجوع إليه لأخذ الأحكام هو الوحى الذى نزل على رسول الله ﷺ من قرآن وسنة.

ونصوص القرآن والسنة قد تكون قاطعة فى إفادة الحكم فلا تقبل النظر وقد لا تكون قاطعة فى إفادة الحكم فيكون استنباطًا بالنظر فيها وتفهمها، وقد يختلف النظر تبعًا لتفاوت العقول والأفهام فيختلف الحكم فى دائرة هذه النصوص.

وهناك كثير من الأمور لم يرد بشأنها نص خاص بناء على أن النصوص متناهية وأفعال العباد والحوادث البشرية غير متناهية، ولذلك تركت ليستنبط المجتهدون من فقهاء الأمة الإسلامية أحكامها على ضوء القواعد والأمارات والنصوص إلى اعتبارها عند الاستنباط والاجتهاد، ولذلك تنوعت هذه الأدلة أو المصادر التشريعية حسب اصطلاح رجال تاريخ الفقه الإسلامى إلى أدلة أصلية وأدلة تبعية (أو فرعية) وإلى قواعد عامة، لأن الأدلة الشرعية ضربان:

أحدهما: ما يرجع إلى النقل.

الثانى: ما يرجع إلى العقل.

وهذه القسمة هى بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر، لأن الاستدلال بالمنقولات لابد فيه من البحث والنظر كما أن الرأى لا يعتبر شرعًا إلا إذا استند إلى دليل من النقل وهكذا.

وما يرجع إلى النقل هو الأدلة الأصلية وما يرجع إلى العقل والاجتهاد هو الأدلة الفرعية، والأدلة الأصلية هى الكتاب والسنة والأدلة الأصلية بنوعيها وحى من عند الله والأدلة الفرعية هى الإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح، وسد الذرائع والاستصحاب، والعرف وشرع من قبلنا، وقد عد بعض علماء تاريخ الفقه الإجماع ضمن القسم الأول والبعض الآخر جعله من القسم الثانى ولا يعتبر العمل بالأدلة التبعية إلا إذا كانت معتمدة فى دلالتها على الحكم الشرعى على دليل أصلى من الكتاب أو السنة أو الإجماع وإلا اعتبرت لاغية لا قيمة لها فى نظر الشارع[1].

---

(١) راجع هذه الأدلة بالتفصيل للدكتور نصر فريد محمد واصل من المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٨٠ ص ١١٥ وما بعدها.

المبحث السادس

أسباب اختلاف الفقهاء

يتفق علماء المسلمين جميعًا بمختلف مذاهبهم وفرقهم على أن المشرع الأصلى فى الإسلام هو الله سبحانه وتعالى، فهو الذى يقرر الأحكام من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة، وله فى كل أمر وكل فعل أو تصرف حكم شرعى، كما اتفق الصحابة والتابعون ومن بعدهم من الفقهاء والمجتهدين من أهل السنة على أن مصدر الأحكام الشرعية وحيث ثبوت التكليف فيها فى حق الناس هو الوحى الذى تنزل على النبى ﷺ وعلى الأنبياء جميعًا من لدن آدم حتى اختتم به ﷺ جميع التشريعات السماوية، وأن الشريعة الإسلامية لم تقرر فى حقنا أحكامها إلا بالوحى بنوعيه المتلو المتعبد به وهو القرآن. وغير المتلو وهوالسنة بجميع أنواعها وما عدا هذا من المصادر الأخرى بعد ذلك ليست أصولا تثبت بها الأحكام ابتداء بعد إن لم تكن ثابتة وإنما هى فى رأى من يحتج بها طرق تفسير تكشف عن ثبوت الحكم بالنص الذى تستند إليه ولهذا كان تقريرهم: أى أن دليل لا يرجع فى النهاية إلى الكتاب أو السنة لا يعد دليلا صحيحًا ولا تترتب عليه آثار شرعية يمكن الحكم بها.

ومع اتفاقهم على هذا الأصل وهو وحدة المصدر والمنشأ، فإنهم قد اختلفوا فى كثير من الأحكام الجزئية التفصيلية حتى وصل الأمر إلى أن كان هذا الخلاف سببًا من الأسباب التى أدت إلى ظهور المذاهب الفقية المختلفة على النحو الذى سبق بيانه عند الكلام على المذاهب الفقهية ومؤسسيها[1].

ويرجع السبب فى هذا الاختلاف إلى الأسباب الآتية:

١ - الاختلاف فى فهم النصوص التشريعية:

فى كثير من الأحيان نجد فى النصوص التشريعية كلمات وألفاظا تحتمل أكثر

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى المرجع السابق للدكتور نصر فريد محمد واصل.

من معنى عند تفسير المراد منها، وقد يكون كل معنى صحيحًا من حيث اللغة التى نزل بها القرآن الكريم، وقد حصل الخلاف حول المراد من الكلمة وتمسك البعض بتفسير والبعض الآخر بالمعنى الثانى، لأن لكل فريق ما يؤيده فى الأخذ بالدليل ومثيل ذلك ما ورد فى القرآن الكريم فى بيان عدة المطلقات ذوات - الحيض وهو قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ فلفظ قروء يحتمل الطهر ويحتمل الحيض، لأنه فى اللغة يشمل الاثنين معًا، ولذا اختلف الفقهاء فى عدة المطلقة التى تحيض فقال بعضهم: هى ثلاث حيضات وقال آخرون: هى ثلاثة أطهار.

ومن ذلك التردد بين حمل اللفظ على الحقيقة أو المجاز عندما يحتمل الاثنين معًا أحدهما من حيث الأصل والثانى بقرينة قوية وذلك كأسلوب النفى الذى لا يمكن حمله على معناه كما فى قوله ﷺ: «**لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه**» فإن لفظ لا نافية، ومعنى ذلك نفى الإيمان عن الشخص الذى لا يحب لأخيه مثل نفسه تمامًا، ولكن هذا الأصل غير مراد على حقيقته لقرينة قوية وهى ورود التشريعات الكثيرة والنصوص التى تؤكد أن الإنسان إذا أتى بأركان الإسلام الأساسية لا ينتفى عنه الإيمان إلا بالرجوع عنها أو إنكارها أو إنكار ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فإذا لم يفعل ما ينفى عنه هذا الإيمان يظل مؤمنًا، ولهذا فسر الفقهاء هنا النص بأن المراد من النفى ليس على حقيقته وإنما أريد منه المعنى المجازى وهو نقص الإيمان لا نفيه.

ولهذا السبب اختلف الفقهاء فى تفسير قول النبى ﷺ: «**لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب**».

فذهب الجمهور على حمل المعنى الحقيقى لأنه أقرب إليها وهو عدم صحة الصلاة عند عدم قراءة الفاتحة لمن يقدر عليها ويكون هذا الحديث مخصصًا لقول الله تعالى: ﴿**فاقرؤوا ما تيسر منه**﴾ أى من القرآن وهو يشمل الصلاة.

أما الأحناف فإنهم قالوا: المراد من النفى فى الحديث هو نفى الكمال لا نفى

الصحة وحمله على نفى الكمال أولى، لأن الآية قرينة قوية فى ذلك وأيضا اختلافهم فيما تدل عليه صيغة الأمر المجرد من القرآن.

فالجمهور من الفقهاء حملها على الندب، والبعض الآخر على الوجوب. ولهذا كان خلافهم حول النصوص التشريعية التى وردت فيها صيغة الأمر نحو ما سبق.

ومثال ذلك اختلافهم حول الإشهاد فى عقود المعاملات المدنية والتجارية كالبيع، فقد وردت الآية فى شأن المداينة بقول الله تعالى: **﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾**[1].

فالجمهور حمل الأمر فى كلمة أشهدوا على الندب والإرشاد، والظاهرية حملوه على الوجوب بمعنى أن العقد إذا لم يشهد عليه يكون باطلا.

ومن ذلك أيضًا اختلافهم فى الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة تضمنت أحكامًا كثيرة، كما فى قول الله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون* إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾**[2].

فبعض الفقهاء يرى أن الاستثناء الذى ورد بعد كلمة إلا وهو التوبة يعود على الجملة الأخيرة من الآية قبل إلا. ورتب على ذلك أن التوبة لا تأثير لها فى رد شهادة من حد فى قذف بعد ظهور توبته.

ويرى البعض الآخر أنه يعود إلى الجمل السابقة كلها قبل الاستثناء، لأنها معطوفة بعضها على بعض بالواو والعطف يقتضى المشاركة فى جميع الأحكام فصارت بمثابة الجملة الواحدة ويترتب على ذلك قبول شهادة الفاسق بعد توبته.

ومن ذلك أيضًا تعارض النصوص من حيث الظاهر ونحن نعلم أن النصوص

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٢) سورة النور الآيتان ٤ ، ٥.

لم تنزل دفعة واحدة بل استمرت طول سنوات الوحى وطبقًا لحاجة الناس فى الحوادث والعلاقات الاجتماعية، وقد يكون النص قد نزل وفقا لظروف معينة أو رعاية لمصلحة مؤقتة ينتهى حكمه بانتهاء وقتها، وفى نفس الوقت نجد نصا آخر فى مسألة مشابهة ولكن يعطى حكمًا يغاير الحكم الذى يعطيه النص الأول مع أن التشابه فى قضيتين يعطى حكمًا واحدًا وجوبًا.

ولم يرد ما يدل على أن النصين يجب العمل به وأى النصين يترك حكمه، ولذا تعارضت النصوص فاحتاج الأمر إلى الترجيح أو إلى أعمالها معًا عند بعض آخر من الفقهاء إذا أمكن ذلك. ومثال ذلك زواج المحرم بالحج، ورد نص يحرمه ويبطل عقده، ونص آخر لا يحرمه ولا يبطل عقده والنصان من السنة.

أحدهما: حديث: «المحرم لا ينكح ولا يخطب»، وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه.

الثانى: حديث ابن عباس: بأن النبى ﷺ، قد تزوج ميمونة فى أخريات حياته وهو محرم.

وقد روى عن ميمونة أنها قالت: تزوجنى النبى وهو حلال - أى غير محرم بالحج - وبنى على وهو حلال، وهو يعارض حديث ابن عباس ويوافق حديث عثمان، ولذا تعارضت النصوص عند الحكم. ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء فأخذ الجمهور بعدم صحة زواج المحرم وعقده بنفسه النكاح لنفسه أو لغيره لحديث عثمان وميمونة وهما صحيحان عندهم.

وأخذ الحنفية بحديث ابن عباس فلم يحرموا نكاح المحرم وقالوا بصحة الحديث عندهم وقوته عن الأحاديث الأخرى من حيث نسبة الثبوت إلى النفى، لأن ابن عباس رضى الله عنهما وهو أفقه فى العمل بالأحكام عند تغير النصوص قال بصحة زواج المحرم.

ولكن الجمهور رجحوا حديث ميمونة، لأنها صاحبة الحادثة ويقويه حديث أبى رافع وعثمان.

٢ - الاختلاف فى العلم بالحديث:

فلم يكن الصحابة رضوان الله عليهم فى مستوى واحد بالعلم بالسنة وعلى حد سواء من جهة الحفظ أو الفهم أو الاطلاع عليها.

فقد كانوا يتفاوتون فى مقدار ما يعلمونه بسبب تفاوتهم فى طول الصحبة وفى كثرة ملازمة النبى ﷺ.

ونحن نعلم مما سبق أن السنة لم تكتب فى عهدهم لنهى النبى ﷺ عن ذلك بحديث (**لا تكتبوا عنى غير القرآن ومن كتب عنى غير القرآن فليمحه وحدثوا عنى ولا حرج**) وذلك خوفا من اختلاط القرآن بالسنة فبقيت السنة محفوظة فى الصدور ونقلت إلينا عنهم بطريق الرواية وظلت هكذا ولم تدون إلا فى أواخر عهد التابعين، ولذا عند تدوينها وجد أن من الأحاديث ما روى بطريق متواتر ومنها ما روى بطرق مشهورة ومنها ما روى من جهة راوٍ واحد فقط.

كما أن هذه الأحاديث منها ما لم يصل إلى علم الفقهاء فلم يحكم بمقتضاه؛ ومنها من وصل إليه فحكم به فاختلف الحكم فى مسألتين متشابهتين.

ومثال ذلك حديث (**إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا**) أى أن الماء الكثير لا يتنجس بإلقاء النجاسة فيه عند الشافعية لهذا الحديث لعلمهم بهذا الحديث ولثبوت صحته عند الإمام الشافعى، ولم يأخذ به الحنفية والمالكية لعدم وصوله عندهما، لعدم العلم به ولذا كان حكمهم فى تحديد المقدار مختلفا عن الحكم الذى أخذ به الشافعى استنادًا إلى الحديث.

٣- الاختلاف فى الحكم على الحديث بالصحة أو الضعف:

وذلك من حيث رواية الحديث من جهة السند وذلك للاختلاف فى اتصاله أو انقطاعه أو صحته أو ضعفه تبعًا لثقة الراوى أو عدم الثقة بما يرويه لظهور أمارات أو قرائن تدل على ذلك كالكذب فى أحاديثه العادية مع الناس أو لثبوت فسقه وغير ذلك، وكثير من الخلافات الفقهية يرجع إلى هذا السبب.

ومن الأمثلة على ذلك حديث (**ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء**) فالحديث صحيح عند الجمهور. فاشترطوا لصحة عقد الزواج الكفاءة أى كفاءة الزوج للزوجة؛ كما لا يصح أن تعقد المرأة العقد بنفسها، بل لابد من ولى معها يعقد العقد بعد استئذانها.

والمالكية لم يثبت صحة الحديث عندهم لوجود ضعف فى السند، لأن فى سنده، مبشر بن عبيد وقد رماه البعض بالكذب فلذا لم يشترطوا الكفاءة، ولأن الآيات من القرآن تعارض الحديث لقوله تعالى ﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى**﴾ وحديث: «الناس سواسية كأسنان المشط» ولكنهم اشترطوا الولى من أدلة أخرى ثبت صحتها كحديث عائشة «**لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل**»..

والأحناف وإن وافقوا الجمهور فى اشتراط الكفاءة إلا أنهم خالفوا فى اشتراط الولى كشرط صحة بل جعلوه شرط لزوم أو نفاذ فقط، ولذا صح أن يتولى عقد النكاح المرأة بنفسها ويكون العقد صحيحًا، ولأنه لم يثبت عندهم حديث عائشة باشتراط الولى وذلك لمخالفتها لهذا الحديث حيث قد تولت عقد زواج ابنة أخيها فى غيبته، ولو كان الحديث صحيحا أو لم ينسخ حكمه ما خالفته ولكنها خالفته فدل ذلك على عدم الاستدلال به، ولهذا اشترط الحنفية لصحة الأخذ بالحديث أن لا يخالف الراوى بعمله ما يرويه من حديث.

ومن الأمثلة الأخرى أيضًا إثبات الشفعة فى العقار المبيع هل يثبت للشريك فقط أو للشريك والجار على حد سواء، وقد ورد فى هذا وذاك أحاديث فأخذ الجمهور بأحاديث الشريك فقط لصحتها وأخذ الأحناف بكلها لصحتها عندهم وأثبتوا الشفعة للجار كما تثبت للشريك.

٤ - تعارض نصوص القرآن مع نصوص السنة من حيث الظاهر:

فقد تكون صحة الحديث مسلمًا بها من الجميع لكنه يكون معارضًا لنص عام من القرآن أو نص مطلق فعندئذ يختلف الفقهاء فى الأخذ بالحديث أو عدم الأخذ به. فالجمهور متى صح الحديث عندهم صلح بيانا للقرآن فيخصص عمومه ويقيد

مطلقه سواء كان متواتراً أو من أخبار الآحـاد. والمتواتر ما يرويه عدد كثير عن النبى ﷺ طبقة بعد طبقة، وخبر الآحاد ما كان فى أى طبقة من طبقات روايته راو واحد انفرد بروايته.

أما الأحناف فإنهم قـالوا: لا يخصص القرآن إلا السنة الصحيـحة المتواترة أو المشهورة، لأنها اليقين أما أحاديث الآحاد فـلا تقوى على تخصيص القرآن أو تقييد مطلقه، لأنها تفيد الظن ولا يخـصص أو يبين المؤكد بالظن، ولهذا فقد ترتب على هذا الخلاف اختلافهم فى كثير من الفروع الفقهية.

٥ - الاختلاف فى الأخذ بالقياس وفى مدى العمل به:

فقد اختلف الفقـهاء حول القياس والعمل بمقتضـاه لحجة أو دليل يعول عليه فى إصدار الأحكام عند وجود دليل آخر من كـتاب أو سنة، فمنهم من لم يأخذ به على الإطلاق ومنهم من أخذ به وهم الجمهور من الفقهاء، ثم إن من أخذ به منهم من توسع فيه كالحنفية ومنهم من اعتدل واشترط له شروطا معينة كالشافعية.

ومنهم من لم يأخذ به إلا عند الضرورة بل قدم عليه عمل الصحابة والحديث الضعيف كالمالكية والحنابلة.

وأما من أنكره على الإطلاق فهم الخوارج والشـيعة والظاهرية. وقد أدى هذا الاختلاف إلى اختلافهم فى كثير من الفروع الفقهية.

٦- الاختلاف فى المصادر النظرية الأخرى غير القياس:

كالإجماع، والاسـتحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائـع وقول الصحابى والاستصحاب، وشرع من قبلنا.

فهذه المصادر لـم تكن حجيتها موضـع اتفاق، فالإجماع حجة عـند الجمهور وليس بحجة عند الخوارج والشيعة، لأن الخوارج ينكرونه على الإطلاق والشيعة لا يعتبرونه إلا إذا وافق إجماع أئمتهم من أهل البـيت، والاستحسان حجة عند الحنفية دون بقية الفقهاء، وإن أخذ به المالكية ولكنهم سموه استطلاحًا.

أما المصالح المرسلة فلم يأخذ بها إلا المالكية ووافقهم الحنفية واعتبروه استحسانًا، وأما سد الذرائع فقد أخذ بها المالكية ووافقهم الجمهور. وقول الصحابى حجة عند الجمهور وليس بحجة عند البعض وعمل أهل المدينة حجة عند المالكية وليس بحجة عند الحنفية، وقد أدى ذلك الخلاف فى الأخذ بهذه الأدلة إلى اختلافهم فى الفروع الفقهية المبنية عليها.

٧ - اختلاف الحكم باختلاف الزمان أو المكان:

كثيراً ما يرى الفقهاء فى عصر من العصور أحكاما لبعض المسائل يخالفون فيها من سبقوهم، بل إننا قد نرى أن الفقهاء فى بلد يقرون حكما لمسألة يخالفون فيه فقهاء البلدان الأخرى وذلك فى العصر الواحد وعند التأمل فى هذا الخلاف نرى أنه ليس خلافا جوهريا يقوم على أساس الخلاف فى حجية الدليل الذى تستند إليه فى الحكم بل نجده يرجع إلى تغير الظروف والملابسات، طبقًا للحاجة والمصلحة والعرف كما عمل الصحابة فى جمع المصحف. وكما فعل عمر بشأن المؤلفة قلوبهم من الكفار ومنع السهم المقرر لهم والذى ورد بشأنه نص القرآن حيث اعتبر توقف النص فى الحكم به لزوال علته التى نزل بشأنها النص ووافقه الصحابة واعتبر إجماعا. وكما فعل عمر أيضًا رضى الله عنه فى وقف الأراضى المفتوحة فى يد أصحابها الأصليين يدفعون عنها ضريبة الخراج وتكون وقفا على جميع المسلمين ومصالحهم بعد تركهم لها وكان العمل قبل ذلك طبقًا للنص التشريعى أن المجاهدين يأخذون سهامهم من الغنائم توزع على الغانمين للرجل سهم والفارس سهمان سواء كان ذلك منقولا أو عقاراً. واستمر الحال على ذلك من زمن النبى ﷺ حتى زمن عمر الذى أوقف الحكم به لمصلحة المسلمين جميعًا فقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهى مصلحة الغانمين. ودليل المصلحة عنده أن علة التشريع الواردة بشأن ذلك قد تغيرت فيتغير الحكم تبعا لذلك. فقد رأى أنه لو استمر العمل على

ذلك وهو توزيع جميع الأراضى المفتوحة على الغانمين لأدى ذلك إلى أن يحتكر فئة قليلة من الناس جميع الأراضى وهم الغانمون ويحرم منها الغالبية العظمى من المسلمين فى كل مكان، وهذا يؤدى إلى الاحتكار وظهور طبقة الإقطاع التى تتحكم فى أرزاق الناس وحياتهم وذلك ينافى مبادىء الإسلام ومقاصده الأصلية فى جميع تشريعاته وهى مراعاة مصالح جميع الناس فى كل زمان ومكان.

وقد وافق عمر فى رأيه البعض وخالفه البعض من حيث الرأى ولكنهم أجمعوا معه بعد ذلك على صحة حكمه.

ومن ذلك أيضًا فى زمن عثمان رضى الله عنه عندما جوز التقاط الإبل الضالة وخصص لها مكانًا للحفظ حتى يظهر أصحابها مع أن الحديث الصحيح عن النبى ﷺ ينهى عن ذلك، وقد ورد فى ذلك من جهة المعنى فيمن سأل النبى ﷺ عن ضالة الإبل قوله (**دعها وشأنها فإن معها طعامها وسقاءها**) ولذا ظل الحال على ذلك فى زمن النبى ﷺ والخليفتين أبى بكر وعمر.

أما عثمان فقد رأى أن الزمن تغير وأن المصلحة تقضى بالتقاطها للحفاظ لظهور ضعف الوازع الدينى فى النفوس عند بعض الناس، وأن نفوسهم هذه يمكن أن تخول لهم التقاطها وأخذها لأنفسهم حتى وإن لم يؤذن لهم بالتقاطها وبذا تضيع على أصحابها الأصليين، ولهذا وجد من المصلحة أن يحفظ للناس أموالهم لا أن نضيعها عليهم وهذا هو هدف الإسلام فى تشريعاته فلم يجد تعارضًا بذلك مع وجود الحديث، لأن العصر أو الزمن لا يصلح لتطبيقه لأنه يحتاج إلى عصر فيه أمان وإيمان كعصر النبى ﷺ وعصر الخليفتين من بعده أبى بكر وعمر.

ومن ذلك أيضًا الحكم بتضمين الصناع وقد حكم بذلك الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه ووافقه المجتهدون من الصحابة على ذلك مع أن الصانع فى حكم الوكيل، لأنه أخذ السلعة بإذن صاحبها ويد الوكيل أمينة وليست ضامنة فلو

تلفت السلعة عـنده من غير تقـصير منه أو ادعى تلفـها صدق فى ذلك بيـمينه ولا ضمان عليه فى هذا التلف وهذا هو الأصل وقد حكم بغير الأصل الإمام على كرم الله وجهه مع سبق الحكم به والعمل بمقـتضى الأصل فى زمن النبى ﷺ والصحابة من بعده حتى عـصره، لأنه وجد ضعف الوازع الدينى وظهـور الكذب والخيانة بما جـعل البعض ينـكر أو يدعى التلف ولا غنى للناس على التـعـامل مع الصناع فى تصنيع حاجاتهم، فلذا وجـد سيدنا على كرم الله وجهـه أن يحكم بتضمين الصناع خروجا على حكم الوكالة إلى حكم الضمان للمصلحة العامة.

ومن ذلك أيضًا طلاق الثلاث بلـفظ واحد فقد كـان يقع ثلاثًا فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر وسنتين من خلافـة عمر حتى رأى الناس يكثـرون بلفظ الثلاث ويتعجلون به فحكم بجعل الثلاث بـلفظ واحد طلقة واحدة وقد روى عنه قوله فى ذلك من طريق طاووس عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم).

ويعبـر الشراح عن مثل هذه الاخـتلافات بأنهـا اختلاف عـصر وأوان وليس اختلاف حجة وبرهان.

(ى) عدم وجود الفقهاء المجتهدين فى زمـن واحد لعدم استمرار اجتماع من وجد منهم فى الزمن الواحد وذلك لبعد المسافـات ولعدم ظهور المواصلات السريعة التى تصل بينهم كما هو الحال الآن وقد يجد أحـدهم دليلا ولا يجده الآخر فيجىء الحكم مختلفًا حيث يحكم أحدهم بحديث ولا يطلع الثانى عليه فيحكم باجتهاده أو حسب المصلحة.

ولهذا اختلـفت بعض الفروع الفقهـية على ضوء ما سبق فـى عصر المذاهب الفقهية. ثم إن الأدلة لم تكن على درجة واحدة من حيث الصحة عندهم كما سبق بيانه بل ولم تدون السنة وتنقح من حيث بيان الصحـيح من الضعيف كما هو الحال

الآن فى عصر البعض من الأئمة المجتهدين أصحاب المذاهب، ولو فرضنا أن أئمة الفقهاء المجتهدين وجدوا فى زمن واحد وتهيأت للجميع جميع الظروف والعوامل من حيث الجو السياسى وحرية البحث العلمى ووجود كل هذه المؤلفات العلمية فى علوم القرآن والسنة لضاقت حدة الخلاف بينهم من حيث فروع الأحكام الفقهية إلى أقل درجة ممكنة عقلا.

ومع ذلك فقد كان اختلافهم رحمة وفى جميع المذاهب متسع بما يوافق العصر ويوافق مصلحة الناس ولا يتعارض مع النصوص التشريعية التى يجب على الناس العمل بها.

القسم الثانى
أحكام المعاملات
مبحث تمهيدى[1]
فى
نظرية المال والملكية وقاعدة المعاملات الشرعية

تمهـــــــيد :

خلق الله الإنسان وجعله خليفة له فى الأرض ولا تكون الخـلافة إلا بعمارتها والعيش فـيها طبقًا لما أراده الله وبينه لهـذا الإنسان المستخلف، لأنه وكـيل والوكيل ملتزم بالحدود التى تحد وماله الموكل؛ فـإن خالف خرج عن وكالته. ولما كانت هذه الخلافـة الشرعية تتطلب الأخـذ والعطاء والسعى والعمل والمبـادلة فيما بين البـشر بعضـهم وبعض لتحـقيق الرغبـة فى المعيشـة والحياة، فـقد أباح الله لهـذا الإنسان المستخلف حرية حـيازة ما يحصل عليه من هذه الحياة لإحـياء هذا الفرض الشرعى ويستوى فى ذلك أن يكون ذلك بسعية أو بسعى غيره وبين ناتج جهده أو جهد غيره ما دامت الرضائية بينهما موجودة والمطلـب الشرعى الذى يراد تحقيقه هو إحياء تلك الخلافـة وهى ما يعبـر عنها فـقهاء الإسـلام بكلية النفس التى هى ضـمن الكليات الخـمس أو الضـرورات الخـمس فى الإسـلام وهى: الديـن، والنفس، والعـقل، والنسب، والمال. وفى سبيل إحـياء هذه الكليات شرعت العبـادات والمعاملات لأن فى العبادات إحياء الدين وفى المعاملات إحياء الذات. وفى سبيل المحافظة عليها من العدم فقـد شرع فى الإسلام الحدود وهى: حد الردة وحد الزنا وحـد القذف وحد السكر وحد السرقة وقطع الطريق كما شرع القـصاص فى القتل العمد العدوان بغير حق ليخرج القتلى فى سبيل الله أى فى الجهاد.

ولما كان بحـثنا هو المعاملات الشـرعية فـقد اختص المقـام بيان مفـهوم المال والملكية والقاعدة التى تحكم هذه المعامـلات على جهة الإجمال لإتمام الفائدة وذلك فيما يأتى :

---

(١) كتب مباحثه الدكتور نصر فريد محمد واصل.

المقصد الأول

المـــــال

تعريف المـــــال:

المال فى اللغة: هو كل ما يتمول أى تعده النفس مالا سواء كان ذلك عقاراً أو منقولا ذو قيمـة شرعية أو غير ذى قيمـة شرعية وأما تعريف المال عند الفقـهاء فهو كل ما يمكن حيازته ويمكن الانتفاع به على وجه شرعى ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول والمنفعـة التى تقوم بالمال الشرعى. ولا فرق أيضًا بين المـال المنقول للتداول وغير المنـقول أى النقدى وغيره والـنقدى هو الذى يطلق عليه نقد أهل البـلد وغير النقدى إما أن يكون غير متداول أو قيمى أى ما يقوم بالمال النقدى.

قال ابن الأثير: المال فى الأصل مـا يملك من الذهب والفضـة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. وكـان المال فى أكثر كلام العرب يطلق على الإبل عندهم، لأنها كانت أكثر أموالهم.

وبناء على ذلك لا يكون الشىء مالا شرعيًا إلا إذا توافر فيه شرطان:

الأول: إمكان حيازته ، **والثانى:** إمكان الانتفاع به على وجه معتاد شرعًا.

فما حيز من الأشياء وانتـفع به فعلا يعد من الأموال، ومن ذلك كل ما يمكن تملكه بطريق شـرعى من أرض أو متاع أو حـيوان أو طيـر أو نقود أو منفـعة يمكن تملكها كملكيـة منفعة العين المستأجـرة سواء كان ذلك فى عقار أو حـيوان. وما لا يمكن حيازته من الأشيـاء السابقة أو حيز ولكنه لا ينتفع به، فإنه لايعـد مالا شرعا وإن عد فى عـرف الناس مالاً، لأن العبـرة بما يعتبره الشـارع لا ما يعتـبره الناس، ومثل ذلـك: الميتة والخـمر والخنزيـر والدم والإنسان الحـر، لأن الأمور الأولى وإن عدها بعض الناس مـالا فى نظرهم إلا أنها غيـر متقومـة شرعا لضررها وفـسادها وعدم الانتفاع بهـا على وجه شرعى ولا يعتبر المال مالا إلا إذا كـان منتفعا به على

وجه شرعى. أما الإنسان الحر فهو غير محل لعقد الملكية العينية عليه أصلا، لأنه ليس بمال وإن أمكن العقد على منفعته بالكراء لا الاستئجار لأن الاستئجار يقع على ما يمكن تملك عينه وحيازته لإمكان الاستيلاء على المنفعة وذلك لا يتحقق مع الإنسان الحر، لأن المراد أداء المنفعة المطلوبة منه لغيره وتصح أن تكون بنفسه أو بغيره، لأن العبرة بحصول المنفعة للطرف الآخر إلا إذا اتفق الطرفان على حصولها منه شخصيًا لغرض معين وهذا جائز شرعًا لتحقيق رغبة المتعاقدين ويعرف ذلك فى محله بتفصيل أوسع فمن أراد فليرجع إليه.

تقسيمات المال:

وللمال أنواع كثيرة، وأصناف متعددة، ولكل منها خواصه ومقوماته التى تتطلب أحكاما خاصة فى الفقه الإسلامى كما فى القانون. فمن المال عقار ومنقول، ومنه المثلى والقيمى، ومنه المتقوم وغير المتقوم، وإليك البيان.

أولا : العقار والمنقول:

ينقسم المال باعتبار الثبات وعدمه إلى عقار ومنقول:

فالعقار: هو الثابت الذى لا يمكن نقله، وتحويله من مكان إلى آخر، وهو خاص بالأراضى، والمنقول ما أمكن نقله وتحويله من جهة إلى أخرى تغيرت صورته بالنقل أولا.

على أن الإمام مالك بن أنس يجعل البناء والشجر من العقار، لأن المنقول فى رأيه، هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التى كان عليها، ولا ريب أن البناء بعد هدمه، يصير أنقاضا، كما يصير أخشابا، وهذا هو الرأى الذى يتفق مع القانون المدنى الجديد.

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى بيان أحكام، منها:

أما الشفعة كحق للجار على جاره لا تثبت فى المبيع إلا إذا كان عقارًا أما المنقول فلا شفعة فيه إلا إذا كان تابعا للعقار.

ثانيا: المثلى والقيمى:

وينقسم المال من حيث التعامل فيه وعدمه إلى مثلى وقيمى. فالمثلى: مالا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، وله نظير فى الأسواق. وأنواعه أربعة: المكيلات كالبر، أى القمح، والموزونات كاللبن، والمعدودات المتقاربة كالبيض، وعروض التجارة، إذا كانت متحدة النوع، كأدوات الأكل والشرب التى لها نظير فى المحال التجارية، مثل الملاعق والشوك والأطباق.

والقيمى: ما تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به فى التجارة والمعاملات، فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق، وذلك كالحيوانات ولو كانت متحدة الجنس، فإن الرأس الواحدة من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر فى القيمة، لما بينها من تفاوت فى وجوه كثيرة وأوصاف شتى.

ثالثا: المتقوم وغير المتقوم:

وينقسم المال بحسب الضمان أو عدمه إلى متقوم وغير متقوم: فالمتقوم: أى الذى له قيمة فى نظر الشريعة الإسلامية، هو ما حيز بالفعل، وجاز الانتفاع به فى حالة السعة والاختيار، وهى الحال التى لا يكون الإنسان فيها مضطراً إلى الانتفاع به، وذلك كالنقود، والعروض، والدور، والأراضى، والعقارات، والمنقولات والمطعومات على اختلاف أنواعها، إلا ما كان منها محرما.

وغير المتقوم: هو ما لم يُحَرز بالفعل أو كان لا يباح الانتفاع به إلا فى حالة الاضطرار. والأول: مثل السمك فى الماء والطير في الهواء، والثانى: كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أما بالنسبة لغيره فهما من الأموال المتقومة عند بعض الفقهاء.

لكن بعض الفقهاء كالشافعى وأبى ثور، وابن حزم الظاهرى، يرون أن هذه الأشياء المحرمة؛ لا تعتبر من الأموال المتقومة حتى بالنسبة إلى غير المسلمين[1].

---

(١) أحكام النقود فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عزام وآخرين، الطبعة الأولى ص ٥ وما بعدها.

المقصد الثانى

الملكـــية

والملكية نسـبة إلى الملك، وهى ارتباط شـرعى بين الإنسان والشىء المملوك، يجعله قـادراً على التصـرف فيه بوجـه الاختصـاص. وهذا الاختصـاص، يبيح له الانتفـاع به. ويثبت له حق التصرف فـيه، إلا إذا كان هناك مانع شـرعى يمنعه من التصرف، كالجنون، أو العته، أو السفه، كما يثبت له الانفراد بالانتفاع به بنفسه أو بواسطة غيـره عن طريق الإجارة أو الإعارة، كمـا أنه يمنع الغير من الانتـفاع به أو التصرف فـيه إلا إذا كانت له صفـة شرعية تبـيح له التصرف كالوكـالة والوصاية، والولاية.

فالملكية علاقة شـرعية بين الإنسان والأشياء تجعله مختـصا به اختصاصًا يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته، التصرف بكل الطرق السائغة له شرعا، وفى الحدود التى بينها الشرع.

تقسيم المال بالنسبة للملكية:

والمال وإن كانت بطبـيعتـه قابلا للملكيـة والتملك، إلا أنه ينقـسم من حيث قبوله لذلك إلى ثلاثة أقسام:

١ - ما لا يجـوز تملكه ولا تمليكه بحـال، وذلك كالأراضى والمنشـآت المخصـصة للمنافع العامة، كالطرق والجسور، والأنهار والترع والمعابد.

٢ - ما لا يجوز ذلك فيه إلا بسبب شـرعى كالأراضى الموقوفة، وأملاك بيت المال - أى وزارة المالية الآن - ففى الوقف لا يجوز تملك بعض أعيانه إلا إذا رأت المحكمة حل الوقف أو استبدال شىء منه، وفى أملاك وزارة المالية، لا يصح تملك شىء منها إلا إذا رأت الوزارة ذلك، وحينئذ تزول عنها صفة تخصيصها للمنافع العامة.

٣ - ما يجوز تملكه وتمليكه دائمـا فى كل حال، وهو مـا عدا ما تقـدم مما يملكه الأفراد والجماعات.

الملك التام والملك الناقص:

قدمنا أن الملك، هو الاختصاص بالشيء، وهذا الاختصاص قد يقع على ذات الشيء ومنافعه، أو يقع على المنافع وحدها، أو يقع على الذات وحدها. فإذا وقع عليهما معًا، فهو ملك تام، وإذا وقع على أحدهما دون الآخر كان ملكا ناقصًا، ومن هنا انقسم الملك إلى تام وناقص.

فالملك التام: هو ملك ذات الشيء، أو كما يعبر الفقهاء: هو ملك رقبة الشيء ومنافعه، والناقص: هو ملك المنفعة وحدها وتكون العين ملك غيره، أو ملك العين لا المنفعة. ويلاحظ أن ملك المنفعة قد يكون معه حق الانتفاع شخصيًا، وقد يكون عينيًا وهذا الحق الأخير يطلق عليه رجال القانون حق الارتفاق.

ويتحقق ملك العين فقط، فى بعض صور الوصية ومن ذلك أن يوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له، كأن يوصى بسكنى داره، أو بزراعة أرضه مدة حياته أو ثلاث سنوات مثلا، فإذا مات الموصى فى المدة المعينة كانت عين الدار أو الأرض ملكًا لورثة الموصى، بطريق الوراثة، ولكن لا يملكون منفعة العين الموصى بها ما دام حق الموصى له فى المنافع باقيا، فإذا انتهت مدة الوصية المحددة، أو مات الموصى له قبل نهايتها، صارت المنفعة ملكًا لورثة الموصى تبعًا لأصلها ومصدرها، وهو العين.

أما ملك المنفعة وحدها على أنها حق شخصى، فيتصور فيما لو أوصى إنسان بداره، أو وقفها على شخص بعينه، فليس له فى هذه الحالة إلا سكناها بنفسه، أى ليس له أن يسكنها غيره بطريق الإجارة مثلا، كما يتحقق فيمن يعير سيارته، أو كتابه لآخر، فإن هذا الأخير المستعير ليس له أن يعير ما استعاره لغيره إلا فى أحوال خاصة، وبشروط يرجع إليها فى باب العارية.

وملك المنفعة ملكًا عينيًا، بمعنى أن يكون هذا الملك تابعًا للعين لا للشخص

الذى له حق المنفعة، وهو ما يسمى بحق الارتفاق، وهذا النوع من ملك المنفعة فى أكثر صوره هو الحق المقرر لعقار على آخر، دون نظر إلى المالك ومن هذه الحقوق: حق الشرب، وحق المجرى، وحق المرور، وحق الجوار[1].

تلك فكرة إجمالية عن المال والملكية تعتبر مدخلا لدراسة أحكام العقود. التى سنبينها فى المباحث التى سوف نتعرض لها فى هذا الكتاب.

---

(١) المرجع السابق ص ٩ وما بعدها.

المبحث الأول

عقـــد البيـــع

المقصد الأول

تعريفه - دليل مشروعيته - أركانه

تعريف البيع:

البيع فى اللغة: مطلق المبادلة وهذا يشمل الشراء، سواء كانت المبادلة فى مال أو غيـره بدليل قول الله سـبحانـه وتعالى: ﴿**إن الله اشـترى من المؤمنـين أنفسـهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون**﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿**أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة**﴾[2].

والبيع مصدر لباع الثلاثى، واشتقاقه من الباع وهو الذراع، لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعـه للآخر بالأخذ والإعطاء ويحتمل أن كل واحد منهـما كان يبايع صاحبه، أى يصافحه عند البيع، ولذلك سمى البيع صفقة[3].

وأما تعريف البيع شرعا: فهو مبادلة المال المقوم بالمال المتقوم تملكيا وتملكا على وجه مخصوص ولا تكون هذه المبادلة صحيـحة ومعتمدة فى نظر الشرع إلا بما يدل عليهـا من قول أو فعل ســواء أكان ذلك الفعل كـتابة أم تعاطيًا، وذلك مـا يسمى بالصيغة أو بالعقد[4] ولذلك عرفه البعض بما يشمل هذا القيد بقول:

البيع شرعا: مبادلةمال بمال على وجه مخصوص[5].

---

(١) سورة التوبة الآية ١١١.

(٢) سورة البقرة الآية ١٦.

(٣) المغنى لابن قدامة ٣/ ٥٦٠.

(٤) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٥٥ والاختيار للموصلى ٢/٣.

(٥) السراج على المنهاج ص ١٧٢ والبحر الزخار ٤ / ٢٨٩.

دليل مشروعية البيع:

والبيع جائز وعقده مشروع ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾[(١)].

وقوله تعالى: ﴿**وأشهدوا إذا تبايعتم**﴾[(٢)].

وقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[(٣)].

وأما السنة: فقول النبى ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[(٤)].

وعن رفاعة رضى الله عنه: أنه خرج مع النبى ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: يا معشر التجار، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: «**إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق**»[(٥)].

وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال: «**التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء**»[(٦)].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية البيع فى الجملة والحكمة والمعقول تؤيد هذا الإجماع وذلك لأن حاجة الإنسان تدفعه إلى التعلق بما فى يد غيره، وهذا الغير لا يبذله فى العادة والغالب بغير عوض ولا غناء للآخر عن أخذه فكان فى شرع البيع وتجويزه طريق مشروع إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته[(٧)].

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٣) سورة النساء الآية ٢٩.

(٤) وهو حديث صحيح متفق عليه.

(٥) الحديث أخرجه الترمذى وقال فيه: حديث حسن صحيح.

(٦) أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح.

(٧) المغنى ٣/ ٥٦٠ والاختيار ٢/ ٣ ومغنى المحتاج ٢/ ٣.

أركان عقد البيع:

وأركان عقد البيع ثلاثة عند جمهور الفقهاء وستة عند البعض واثنان عند البعض وركن واحد فقط عند الحنفية. وهى على التفصيل:

١ - عاقد (بائع ومشترى) .

٢ - معقود عليه (ثمن ومثمن).

٣ - صيغة (إيجاب وقبول).

وذلك لأن العاقد فى البيع إنما هو فى الحقيقة اثنان هما البائع والمشترى كما أن المال الذى يقع عليه العقد ويسمى المعقود عليه إنما هو فى الحقيقة اثنان أيضًا الثمن، والمثمن والثمن هو الذى يدفعه المشترى، والمثمن هو الشىء المبيع وذلك فى العرف والعادة وإلا فكل منهما بائع ومشترى فى نفس الوقت، ولذا يمكن أن يكون الثمن مثمنا للمشترى ويكون المثمن ثمنا بالنسبة للبائع، وهذا يتفق مع المعنى اللغوى الذى أشرنا إليه فى أول الكلام.

والصيغة فى عقد البيع لا يمكن أن تتحقق فى الأصل إلا بما يدل عليها من كل طرف من أطراف عقد البيع وهذا بالطبع يحتاج إلى إيجاب وقبول بين البائع والمشترى.

ولهذا فقد جعل بعض الفقهاء الأركان ستة نظرًا لما سبق بيانه[١] وبعضهم جعلها ركنان فقط هما: الإيجاب، والقبول، أو ركنا واحدًا فقط هو الصيغة، ومن ذهب إلى ذلك الحنفية حيث اعتبروا الأركان شروطا لصحة الإيجاب والقبول، أو فى الصيغة[٢].

---

(١) انظر السراج على المنهاج فى فقه الشافعيين للغمراوى ومغنى المحتاج ٢/ ٣.

(٢) راجع الاختيار ٢/ ٤ وانظر تفصيل ذلك فى نظرية العقد من كتابنا المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع.

المقصد الثانى

العاقـــدان

والعاقـدان هما: البائع والمشـترى ويشترط فيـهما الأهلية لولايـة العقد[1]، والأهليـة نوعان: نوع يسـمى بأهلية الوجـوب، ونوع يسمى بأهليـة الأداء، ويراد بأهليـة الوجوب صلاحـية الإنسـان لأن تكون له حقوق قـبل غيـره وعليه حـقوق وواجبـات لغيره، وإن شئت قلت صـلاحية الإنسـان لأن يطالب ويطلب منه سواء أكان ذلك بنفسه أو بواسطة من له الولاية عليه ومناط هذه الأهلية الحياة فتثبت لكل إنسان حى سواء أكان صغـيراً أم كبيراً عاقلاً أم مجنونًا وتسـتمر له مادام حيًا، فـإذا توفى زالت عنه هذه الولايـة. إلا أنه لضرورة مـا قـد تبـقى هذه الولاية وتعـتبـر الشخص بعد وفاته إلى أحد ورثته لضرورة تـقتضى ذلك، كأن يتوفى الإنسان مدينًا ولم يترك مالا، فتعـتبر أهليته باقية حتى يسدد منه، ومن هنا قـال الفقهاء: لا تركة إلا بعد سـداد الديون، ولولا ذلك لسقط الدين كـما يسقط تبـعًا له حق الدائن فى دينه وهذا لا يقره الإسلام.

وهذا النوع من الأهلية يسـتلزم وجوده وجود الذمة لمن تثـبت له، فإن الذمة وصف شرعى اعـتبارى يصيـر به الإنسان أهلاً للوجوب له والوجـوب عليه، وبناء على ذلك تكون هذه الأهلية أثراً من آثار الذمة، والذمة فى اللغـة: العهد، والعهد يكون دائمًا سببًا للمطالبة له أو عليه.

وإذا لاحظت أن هذه الأهلية قد تثبت لبعض جهـات أو منشآت لا حياة فيها كالوقف وبيت المال والمدارس والمساجـد فإنما جاء ذلك اعتبارًا بما لأهل الانتـفاع بها وأرباب الحق فيها من حياة، ولولا ذلك ما كان لها حقوق وما طولبت بحق، إذ أن ذلك راجع فى الحقيقة إليهم بحكم أن المنفعة لهم لا لها إذ لا نفس لها ولا حياة.

(١) المراد أهلية الأداء.

وهذا النوع من الأهلية قد يكون ناقصًا وقد يكون كاملاً فهو في الجنين ناقص ومن ثم لم يكن الجنين أهلا للإلزام، فلا يطالب، إذ لا عقل له ولا عبارة حتى يلزم بشيء من ذلك، ولا ولي له أيضًا حتى يلزم بالتزام وليه إذ لا يقام على الجنين وصي[1] ولكن يصح أن ينصب له أمين للمحافظة على ما احتجز له من أموال حيث تثبت له الحقوق فيرث ويوصى له لاعلى أساس ثبوت الأهلية له في الحال ولكن باعتبار تمام الولادة كاملة حيًا وبعد الولادة الكاملة مع الحياة يصير المولود أهلا لأن يجب له ويجب عليه وينوب عنه في ذلك وليه فلزم بما يلتزم به له وليه وليس لأهلية الوجوب أثر في إنشاء الحقوق.

ويراد بأهلية الأداء وهي المطلوبة هنا صحة العاقد للبيع بل وفي جميع العقود أهلية المعاملة والتصرف، بمعنى أن يكون الإنسان صالحًا لأن يلتزم بعبارته فيطالب بمقتضى هذا الالتزام، وصالحا لأن ينشيء مع غيره عقودًا يكتسب بها حقوقا يطالب غيره بها بناء على هذا التعاقد.

فثبوت أهلية الأداء يستلزم صحة التصرفات القولية، ومن ثم كان المجنون والصبي غير المميز لا يتصفان بأهلية الأداء، إذ لا أثر لعبارتها.

ومناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز[2] ويراد بالتمييز معرفة معنى الألفاظ التي تنشأ بها العقود والعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش ويسير ولا اعتداد بذلك عند الحنفية إلا لمن بلغ السابعة من عمره، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولا تمييزه. وعند الشافعية والمالكية لابد من شرط الرشد في عاقد عقد البيع حيث لا يصح من صبي ومميز ولا مجنون ولا من محجور عليه بسفه ولا من أعمى أيضًا[3].

---

(١) وذلك خلاف ما تقضي به المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية المصري من اقامة وصي الجنين اتباعا لرأي بعض الفقهاء وانظر أحكام المعاملات للخفيف ص ١٨٦.

(٢) وهذا هو مذهب الزيدية ومن وافقهم، وانظر البحر الزخار ٤/ ٢٩١ والاختيار ٢/ ٤ وما بعدها.

(٣) راجع المنهاج للنووي والسراج عليه ص ١٧٣، وبداية المجتهد ٢/ ١٧٢، ومغني المحتاج ٢/ ٧.

وقد اعتبر الحنفية ومن وافقهم أن لأهلية الأداء نوعان - كاملة وناقصة وذلك بحسب كمال العقل ونقصانه، فتكون كاملة فى البالغ العاقل، ولذا كان كامل التصرف فى أمواله يتصرف فيها كما يريد غير مقيد بقيد إلا ما يقيده به الشارع لعدم الإضرار بحقوق غيره من دائن أو وارث عندما يحجز عليه بسبب الدين، أو عند مرضه مرض الموت أو لمنع الأذى والضرر عن نفسه عندما يحجز عليه بسبب السفه.

ولا يؤثر فى صحة عبارته لإنشاء العقود والالتزامات طروء نسيان عليه، فجميع عقود الناسى الذى يتكلم بعبارة منشئة لعقد غافلا عنها صحيحة ملزم بها ولا يصدق فى ادعائه النسيان أو الغفلة أو كون العقد فاسدًا لانعدام الرضائية فيه.

وتكون أهلية الأداء ناقصة فيمن كان عنده أصل التمييز ولم يكمل عقله إما لعدم بلوغه السن، وإما لأنه أصابه عنه، والأول: هو الصبى المميز، والثانى: هو المعتوه المميز، أما الصبى الذى لا يميز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية عند الحنفية ومن وافقهم كما هى عند بقية الفقهاء.

ومثل المجنون فى تصرفاته وعدم اعتبارها عند جميع الفقهاء، النائم والمغمى عليه، فإذا تلفظ أحدهما بعبارات تنشىء عقودًا أو التزامًا فلا اعتداد بها ولا ينعقد لأحدهما عقد.

أما السكران: فقد اختلف فيه العلماء، نظر فريق إلى السكر فى ذاته فوجد أن يذهب بالإرادة والقصد كالجنون والنوم فأبطل عبارته ولم يرتب عليها عقدًا ولا التزامًا، لا فرق عندهم بين سكر بسبب حرام أو مباح وإلى هذا مال ابن القيم. ونظر الجمهور من الفقهاء إلى سبب السكر فذهبوا إلى أنه إن كان مباحا فالحكم أنه لا عبرة بعقده، لأنه كالمجنون أو كالنائم وهذا يتصور فيمن شرب المسكر ناسيًا. أو مكرها أو لضرورة ما كالعطش المهلك عند عدم المسكر.

فإن كان السكر بسبب محرم فالحكم صحة عبارته، فتصح بها العقود والالتزامات من بيع وإجارة ووقف وطلاق وزواج وذلك زجرًا له وعدم اعتراف بما هو عليه من سكر.

والمكره بغير حق لا تصح عبارته ولا ينعقد بها بيع لأنه كالمجنون أو الصبى غير المميز أو النائم فى عدم الاعتداد بعبارتهم، وذلك حتى لا يكون الإكراه وسيلة لانتقال الحقوق من أصحابها بغير حق ومن غير رضاهم. فإن كان الإكراه بحق فالعقد صحيح وذلك يتصور فيمن عليه دين حل وفاؤه وامتنع عن هذا الوفاء لصاحب الدين بعد طلبه وله مال موجود يمكن الوفاء منه فأكرهه القاضى على بيع هذا المال وتسديد الدين من ثمنه لصاحب الدين، لأن هذا الإكراه صحيح مشروع حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها[1].

وأهلية الأداء الناقصة يصح بها عقد البيع ولكنها تتوقف من جهة النفاذ والالتزام من حيث الأثر المترتب على العقد على إجازة من له الولاية على هذه الأهلية الناقصة وذلك عند الحنفية ومن وافقهم، وهذا يتطلب أن تكون تلك العقود التى يعقدها ناقصوا الأهلية صالحة لهم ولهم نفع من وراء إنشائها.

وقد اشترطنا الإجازة من الولى أو الوصى لأن عقودهم وليدة عقل فيه نقص وإرادة بها ضعف، ولا يدرى أفيها خيره أو ضره فكان ولابد من أن ينضم إلى عقل الصبى الناقص، أو من فى حكمه، وإرادته الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية، حتى إذا رؤى أن فى التصرف خيره أو أجيز فنفذ، وإلا رفض فبطل.

وهذا يتصور فى التصرفات التى يكون من شأنها النفع والضرر ومنها البيع والشراء. أما تصرفات الصبى الضارة له ضرراً محضا فإنها لا تجوز مطلقا.

وبناء على ذلك إذا باع الصبى المميز شيئًا من ماله بغبن فاحش كما إذا باعه بنصف ثمنه - أى ثمن مثله المعتاد - كان هذا البيع باطلا من الأصل ولا يصح بإجازة الولى لأن ذلك فيه ضرر محض بالنسبة للصبى، الولى لا يملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته، وما يقع باطلا من أساسه فلا يصح بإجازة أحد ولو كان صاحب الشأن نفسه بعد زوال أسباب البطلان عنه.

---

(١) راجع السراج الوهاج ص ١٧٣، وعدة السالك لابن النقيب ص ٧٢ والبحر الزخار للزيدية جـ ٤ ومغنى المحتاج ٢/ ٧.

أما ما يتوقف من عقود الصبى على إجازة وليه إذا كان صحيحًا، فإنه ينفذ بإجازته بعد بلوغه إذا لم يجزه وليه وبقى الأمر وكذلك حتى تمام البلوغ[١].

والمعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، والعته إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن، وحكمه حكم المجنون المطبق جنونه لا يصح معه بيع ولا شراء، لأنه لا تصح منه عبارة كالمجنون تماما. فإذا لم يذهب العته بالتمييز فحكمه حكم الصبى المميز فى كل ما سبق.

والسفيه وذو الغفلة والمدين: يصح تصرفهم عند الإمام أبى حنيفة. ولذا يصح منهم عقد البيع والشراء، ويرى الجمهور من الفقهاء ومعهم صاحبا أبى حنيفة وهما - أبو يوسف، ومحمد بن الحسن - الحجر على السفيه مراعاة لمصلحته وإعانة له ومحافظة على ثروته، ولذا لا يصح عقده عندهم كما هو الحال عند جمهور الفقهاء[٢].

وتحقق السفه كاف فى اعتباره محجورًا عليه دون حاجة إلى قضاء بذلك عند الإمام محمد. وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يعد محجورًا عليه إلا من وقت توقيع الحجر عليه من القاضى. وعلى ذلك تكون تصرفاته قبل توقيع الحجر عليه عنده كتصرفات الرشيد، أما بعد الحجر عليه فإنه يكون فى تصرفاته كالصبى المميز فى بيعه وشرائه.

والسفه: هو عدم الإحسان فى تدبير المال، واتفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع. وعقود السفيه ومنها البيع عند الإمام أبى حنيفة كلها صحيحة كتصرفات الرشيد تماما، لأن أبا حنيفة يرى فى الحجر على السفيه إهدارًا لآدميته من أجل المحافظة على ماله، وآدميته خير له من ماله، ولا يضيع الأعلى للأدنى.

ونحن نرى أن الإمام أبا حنيفة رضى الله عنه قد نظر فى ذلك إلى مصلحة

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٠١.

(٢) مغنى المحتاج ٢/٧.

الشخص نفسه ولم ينظر إلى مصالح الآخرين الذين لهم حقوق على ذلك الشخص ومن هؤلاء ورثته، والمفروض فى كل تصرف أن يكون شرعيًا أى موافقًا لقصد الشارع وأن يكون نفعه أكثر من ضرره، ونحن نرى أن هذا التصرف من السفيه قد يكون الضرر فيه الذى يعود على الآخرين أكثر من النفع الذى يعود عليه هو وحده من تركه وشأنه يتصرف كما يشاء وليس فى ذلك الحجر إهدار لكرامته، بل ذلك محافظة عليها وعدم إهدار لها ومحافظة له على أمواله التى يضيعها من غير إدراك لما قد يصيبه من الضرر بعد ذهاب هذه الأموال. أليس ذلك الحجر هو المصلحة كل المصلحة للسفيه المبذر فى ماله، وهذا ما قصد إليه جمهور الفقهاء.

وذو الغفلة كالسفيه - عند الإمام أبى حنيفة، ويرى الصاحبان كالجمهور الحجر عليه ومن هنا لا يصح منه عقد البيع ولا عقد الشراء. وذو الغفلة هو الذى لا يهتدى إلى خيره إذا تصرف فلا يعرف التصرف الرابح من التصرف الخاسر، فيغبن بسهولة فى المعاوضات ويخدع.

وأما المدين - فتصرفه صحيح وعقوده صحيحة ومنها البيع ولو كان محجورًا عليه من أجل هذا الدين وهذا ما يراه الجمهور من الفقهاء ومنهم الإمام أبو حنيفة.

ويرى الصاحبان - أبو يوسف، ومحمد - أن يحجر عليه إذا كان الدين مستغرقا لماله ولكن لا يكون هذا الحجر إلا بعد الحكم عليه قضاء بذلك الحجر.

ولا يتناول الحجر حينئذ إلا ما يملكه من مال عند توقيع الحجر عليه ويترتب على ذلك الحجر عند الصاحبين منعه من كل تصرف فى ذلك المال يضر بدائنيه فقط، فإذا تبرع منه بأى شكل من الأشكال ولو فى ضمن بيع كان تبرعه موقوفًا على إجارة الدائنين إن أجازوه نفذ وإلا بطل.

فإذا وهب جزءًا من ماله لآخر كان هذا العقد موقوفًا على سداد ديونه أو إجازة دائنيه، وإذا باع فحابى فى بيعه كان للمشترى أن يكمل الثمن إلى قيمة المثل فينفذ شراؤه عندئذ، فإن امتنع عن ذلك كان العقد موقوفا على إجازة الدائنين إن أجازوه نفذ وإن رفضوه بطل.

وذهب الإمام مالك إلى الحجر على المدين بسبب الدين فيما يضر بدائنيه، فيمنع من الهبة والتبرع بأى وجه مراعاة لحقوق دائنيه، فإذا فعل كان لهم حق إبطال تصرفه، وهذا قول فى مذهب أحمد، والقول الآخر: أن تصرفه نافذ ما دام لم يحجر عليه[1].

بيع المريض مرض الموت:

للمريض حق وحاجة ضرورية فى ماله، وحقه فيه مقدم على حقوق غيره من دائنين وورثه ما دام أن هذا المرض لا يؤثر فى زوال عقله، ولذا كان له أن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم بالمعروف، لا يمنع من ذلك، وله أن يأخذ منه نفقات علاجه، وأثمان دوائه، وأن يبيع من ماله فى سبيل ذلك ما يشاء، وتصرفه فى هذه السبيل وعلى هذا الوجه تصرف صحيح نافذ ليس لدائن أو وارث حق الاعتراض عليه إلا إذا حابى فى بيعه أو شرائه، فإذا حابى فإن محاباته حينئذ تعتبر تبرعًا فى مرض فتأخذ حكم تبرعات المريض مرض الموت لا تنفذ إلا فى حدود الثلث وما لم يحجر عليه فى هذا الحق بدينه المستغرق لجميع ماله قبل ذلك التصرف. فإن هذا المرض الذى يتعلق بمال المريض يترتب عليه أن تتعلق حقوق بمال هذا المريض منها حق الشخص نفسه فيما يحتاج منه، ومنها حق الدائنين ليستوفوا ديونهم منه، ومنها حق الورثة ليخلص لهم تملك الثلثين مما يبقى بعد سداد الديون إن كان هناك ديون. أما الثلث الباقى فقد جعله الشارع حقًا للمريض ينفقه فيما يرى من سبيل الخير بواسطة التبرع المنجز في حال المرض أو بواسطة الوصية.

ولما كانت حقوق الدائنين تتعلق بمال المريض مرض الموت ليستوفوها منه، كان تعلقها به من الناحية المالية فقط، ولذا لا يضرهم أن يستبدل المريض بأمواله غيرها ما دام فى البدل قيمتها، وعلى ذلك فله أن يبيع من أمواله ما يشاء بقيمته وأن يشترى فى مرض موته ما يشاء بقيمته، لا يحجر عليه فى شىء من ذلك بالنسبة

---

(١) انظر الفتاوى الهندية باب الحجر، والقواعد لابن رجب، والأحكام الشرعية ص ١٩٣.

للدائنين ما دام ذلك لا يضر بحقوقهم، وإنما يضر بها إذا كان فى تصرفه غبن ولو كان يسيراً متى كانت ديونهم مستغرقة، عند ذلك لا ينفذ تصرفه إلا برفع الغبن أو بإجازة الدائنين.

أما إذا كانت ديونهم غير مستغرقة، فإن الغبن يكون مقبولا بشرط ألا يزيد على ثلث ما بقى بعد سداد الديون بعد أن تضاف إليه جميع التبرعات والوصايا فى حال المرض.

وأيضًا فإن تعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يعتبر متعلقا بماليته بالنسبة للأجانب عنهم، ولذا لم يكن لهم حق الاعتراض على المريض إذا ما باع لأجنبى شيئًا من ماله بمثل قيمته، وكذلك الحكم عند الصاحبين بالنسبة إلى الورثة بعضهم مع بعض.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن حقهم بالنسبة إلى بعضهم مع بعض يتعلق كذلك بصورة المال وعينه، فليس للمريض أن يؤثر بعين من ماله وارثًا دون وارث ولو بقيمتها.

ومعنى ذلك أن المريض لو باع بعض أمواله لبعض ورثته بمثل القيمة أو أكثر منها توقف نفاذ ذلك على إجازة بقية الورثة بعد الموت، فإذا أجازوا البيع نفذ وإلا بطل، حتى لا يخص وارث بخيار أعيان التركة على أى وجه بدون رضا الباقين[1].

ما هو المراد بمرض الموت؟

ومرض الموت هو المرض الذى يتوافر فيه شرطان:

أحدهما: أن يغلب فيه الهلاك عادة.

الثانى: أن يتصل به الموت، سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجى عن المرض كقتل أو غرق ونحوهما. ويلحق بهذا المرض جميع الأحوال التى يترتب فيها

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٩٧.

لأصحابهـا ويرى فى العادة أنهم لا يفلتون من الموت، وذلك كمـا فى المقاتلين عند التحامهم فى المـعركة ومن قدم للقتل من قصاص ونحـوه، ومن أشرف على الغرق فى البحر وليس هناك منفذ منه.

وإذا تطاول مرض الموت، فـإن كان فى جمـيع أوقاته يزداد ويسـوء فصاحـبه يعتبر مريـضا به، ويعطى لتصرفه فيه جمـيع أحكام تصرفات المريض مرض الموت. وإن وقفت علتـه فلم تتغير واسـتمر على هذه المدة سنة على الأقل ألحق مـا مضى بالصحة، ثم لا يزال صاحبه يعتبر صحيـحا فى تصرفاته إلى أن يتزايد المرض فيعتبر مريضـا مرض الموت من ابـتداء تزايده فقـط، فيثـبت لتصـرفاته بعـد الزيادة حكم تصرفـات المريض، إلا إذا عاد المرض فوقف وطـالت مدة وقوفـه سنة فإنها حـينئذ تعتبـر كتصرفات الصـحيح وهكذا. وكثيراً ما يـحصل هذا فى بعض حالات السل والشلل والجزام والسرطان وما فى مثل ذلك.

وبناء على ما تقـدم فإذا أصاب الإنسـان مرض لا يغلب الهلاك فيـه عادة ثم توفى بسببه كأن أصابه مغص بسيط فـتوفى به أو صداع عادى فتوفى بعده وقد باشر تصرفا فـيما سبق، فـإنه لا يعد مريضا مـرض الموت بالنسبة لهذا التـصرف ويكون حكمه حكم تصرفه فى حال الصحة تماما. وكذلك إذا مرض إنسان مرضا يغلب فيه الهلاك عادة فتصرف فيه ثم شفى منه اعتبر تصرفه كأنه صادر فى حالة الصحة(١).

وقد اشـترط الشافـعية خـلافا للجمـهور فى العـاقد شرطين آخـرين هما - الإسلام فيمن يشتـرى مصحفا ومن فى حكمه كالحديث والتـفسير، ولهذا لا يصح شراء الكافر ولو مرتداً المصحف ولا كتب الحديث والآثار الخاصة للسلف وحكايات الصالحين ولا كتب فقه فيها شىء من ذلك.

---

(١) المرجع السابق ص ١٩٣ ، ١٩٤.

والشرط الثانى - هو ألا يكون العاقد محاربا إذا كان يشترى سلاحا يمكن أن يكون عدة فى الحرب كسيف وما فى حكمه[1].

والراجح والأولى بالمصلحة وغرض التشريع الإسلامى هو الأخذ بما قاله جمهور الفقهاء.

---

(١) المنهاج والسراج ص ١٧٣.

المقصد الثالث

المعقـــود عليه

والمعقود عليــه فى عقد البيع هو مــحل العقد وهذا يتحقق فــى المبيع والثمن على السواء، ويمكن أن نفرق بين المبيع والثمن ما دام أن المعــقود عليه يشمل الجميع بما يأتى:

أولاً: إذا كان أحد البــدلين فى البيع نقدًا والآخر غــير نقد فالنقــد هو الثمن والآخر هو المبيع حتمًا.

ثانيًا: وإن كان البدلان فى البــيع نقدين كان كل منهما ثمنا فيــه معنى المبيع، وكان العقد صرفًا.

ثالثًا: إذا لم يكن أحدهما نقدًا وكــان أحدهما مثليا والآخر قيــميا فالمثلى هو الثمن إذا كان عينا معينة، والقيــمى هو المبيع، وذلك كأن تبيع دارًا بهذه الصبرة من القمح، أو بهــذه السيارة، أو تبيع هذه الصــبرة من القمح بهذه الــدار. أما إذا كان المثلى غيــر معين كعــشرة أرادب من القمح، فــإن دخلت عليه الباء كــان ثمنا، كان تقول: بعــتك هذه الدار بألف أردب من القمح، وإن دخلت الباء على القــيمى كأن المثلى مبيــعًا والقيمى ثمنًا وكان العــقد سلبا كقولك: بعــتك ألف أردب من القمح بهذه الدار.

رابعًا: إذا كان البدلان فى البيع قــيمين، أو مثلين، كان كل منهما مبيــعا فيه معنى الثمن وسمى العقد حينئذ مقايضة.

والمبيع قد يكون عينا مفرزة وقد يكون جــزءًا شائعا من عين غير مفرزة. وفى هذه الحال يصح أن يبــاع للشريك فى العين ويصح أن يبــاع لغيــره. وعلى أية حال

فإنه يشترط فى المبيع شروط. وفى الثمن شروط لابد منها لصحة البيع، وهى نفسها شروط المعقود عليه لأن كلا من المبيع والثمن معقوداً عليه كما سبق بيانه.

الشرط الأول:

أن يكون المعقود عليه موجوداً لحين الانتهاء من العقد.

الشرط الثانى:

أن يكون مالا منتفعا به متقومًا مع مراعاة أن تكون المنفعة شرعية أى أباحها الشارع الإسلامى، وهذا يتطلب طهارة عين المعقود عليه، فإن كان نجسا فلا يصح العقد عليه كما هو مذهب الجمهور، ولذا لا يصح بيع الخمر. والخنزير والمتنجس الذى لا يمكن طهارته كالخل أو اللبن المخلوطين بخمر أو نجس، والميتة حتف أنفها كما لا ينعقد بيع الحشرات التى لا نفع فيها[1] ومن لاقيمة له عرفًا كحبة بر مثلا.

الشرط الثالث:

أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه، ولذا لا يصح بيع الطير فى الهواء ولا السمك فى الماء، ولا ثمرة لم تبرز أصلا، ولا بيع الحمل ولا بيع حق التعلى عند هدم البناء لعدم القدرة على تسليمه، ولأنه منعدم فى الثمرة والمحل وحق التعلى عند انعدام البناء.

فإذا ظهر بعض الثمر ولم يظهر بعضه الآخر وكان هذا الثمر مما تتلاحق أفراده فى الظهور، فإنه يصح بيع الجميع عند الحنفية ويكون ما لم يكن تابعا لما ظهر منه لأن العرف جرى بذلك وهذا هو الراجح فى المذهب[2].

---

(١) المنهاج والسراج ص ١٧٣، وأحكام المعاملات ص ٢٥٨، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٦٦ وما بعدها والبحر الزخار ٤/٢٠٣ ونيل الأوطار للشوكانى ص ٥/ ١٦٠ وما بعدها.

(٢) فتح القدير، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٨ والبحر الزخار ٤/ ٢٩٣و٢٩٩.

أما جمهور الفـقهاء فقد خالفوا الحنفية فى ذلك ولم يصـححوا من بيع الثمر إلا ما ظهر بالفعل وكان صالحا للانتفاع به، وبل زاد بعضهم اشتراط بدو صلاحه - أى نضجه - فى صحة البيع فإن كـان قبل ذلك فلا يصح بيعه إلا بشرط قطعه فى الحال إن كان يمكن الانتفاع به فى غير الأكل[١].

الشرط الرابع:

أن يكون المعقود عليـه معلوما للعاقدين عينـا وقدرًا وصفة[٢] والعلم يكون بالإشارة إليه إذا كان فى مجلس العقد، أو قريبا تمكن الإشارة إليه وبيان صفاته التى تميزه من غيره، إن لم يمكن الإشارة إليه، ويكفى عن هذا كله أن يكون المعقود عليه مـعلوما لـلطرفين قبل الـعقـد بأى طريق من طرق التـعـيين وهى الرؤية فى المعين والتقـدير فى المقدر بالوزن أو بالكيل أو بالعـدد مع الوصف أو بالوصف وذلك فى المثليات وهذا يتحـقق فى بيع السلم، وسيأتى الكلام عن كيفـية بيع السلم وشروط صحته فى مبحث مستقل.

الشرط الخامس:

أن يكون العاقـد على المعقود عليـه ولاية شرعية بملك أو وكـالة أو وصاية، وهذا مذهب الجـمهور. ولـذا لا يصح بيع غير المملوك للإنـسان سواء كـان مملوكا لغيـره، ويسمى فى هذه الحالة بيـعا فضوليـا أجازه المالك أم لم يجزه؛ لأن العـبرة وقت انعقاد العقد ولم يتحقق شرط الصحة فى الانعقاد فيقع التصرف باطلا من من أساسـه، والباطل لا تصححـه إجازة المالك[٣]. قال الحنفية[٤] إن عقد الفـضولى صحيح ولكن نفـاذ العقد بالنسبة لطرفيـه الأصليين وبالنسبة للآثار الشرعيـة المترتبة

---

(١) المنهاج والسراج ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ١٧٥ والفـقه على المذاهب الأربعة ٢/٢٦٦ وأحكام المعامـلات ص ٢٥٨ وفتح القدير جـ ٦ ص ٢٤٨ ، ٢٦٠ وبداية المجتهد ٢/١٤٩.

(٣) السراج والنهاج ص ١٧٥، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٦٦ وبداية المجتهد لابن رشد ص ٢/١٢٦.

(٤) وهو ماذهب إليه الشافعية فى القديم، وانظر المنهاج والسراج ص ١١٧٥.

شرعا على هذا النفاذ إنما يكون موقوفا على إجازة صاحب الحق فيه، فإن أجازه كان العقد صحيحا منتجا لآثاره، وإن لم يجزه بأن العقد كان فاسدًا من أساسه لعدم تحقق شرط الولاية على المعقود عليه، والشرط هو وجود هذه الولاية ولم توجد[١].

وبناء على ما ذهب إليه الحنفية - إن تعلق بالمعقود عليه فى البيع حق الغير للعاقدين كما لو كان رهنا أو عينا مستأجرة، كان العقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر أو سقوط حقهما، فإذا أجازه صاحب الحق منهما نفذ. وكذلك إذا استوفى حقه، بأن استوفى المرتهن دينه أو أبرأه المدين منه أو مضت مدة الإجارة أو انفسخت بالنسبة للمستأجر. فإن لم يوجد شيء من ذلك لم يكن للمرتهن ولا للمستأجر ولا للراهن فسخ البيع، وإنما يجوز للمشترى فى هذه الحال عند الصاحبين أن يفسخه سواء أقدم على الشراء وهو عالم بالرهن والإجازة أم أقدم عليه وهو عالم بهما. وقال أبو يوسف: إن أقدم وهو عالم لم يكن له حق الفسخ ووجب على المشترى أن ينتظر حتى تنتهى مدة الإجارة، أو يقضى الدين[٢].

وإن كان غير مملوك لأحد كمال الوقف ومال الدولة كالمساجد والطرقات العامة وما فى حكمها لم يصح البيع، لأنه لا ولاية لأحد بخصوصه عليها، فإذا عقد أحد بالبيع عليها كان بيعه باطلا لعدم الولاية الشرعية من العاقد على العقد.

بيع المغصوب:

وبيع المغصوب فيه تفصيل الفقهاء ، فالشافعية قالوا: لا ينعقد بيع المغصوب مطلقا لا للغاصب ولا لغيره، لا من المالك ولا من غيره إلا إذا كان مقدورا على تسلميه على الصحيح عندهم[٣].

---

(١) احكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) السراج الوهاج ص ١٧٤ ومغنى المحتاج.

وقال الحنفية : لا ينعقد بيع المغصوب إلا إذا باعه الغاصب وضمنه المالك أو باعه المالك وأقر الغاصب هذا البيع، فإن لم يقر الغاصب وكان للمالك بينه ثم باعه فإن البيع ينعقد ويلزم المشترى. أما إذا لم تكن له بينة وهلك المبيع قبل أن يسلمه انتقض البيع ويتفق الزيدية مع الحنفية فى صحة البيع مع الضمان(١).

وقال المالكية:لا ينعقد بيع المغصوب إلا إذا باعه المالك الأصلى لمن يقدر على أخذه من الغاصب أما إذا كان الغاصب ممن لا يخضع لحكم الحاكم بحيث لا يستطيع أحد أن يأخذ منه ما تحت يده، أو كان يخضع ولكنه منكر ولو عليه بينة، فإن بيع المالك فى هذه الحالة لا ينعقد لمنع ما فيه خصومة عندهم ويصح أن يبيعه المالك لنفس الغاصب بشرط أن يكون الغاصب عازمًا على رد المغصوب لمالكه، أما إذا كان عازمًا على عدم الرد فإنه لا ينعقد البيع له فإذا لم يعرف إن كان عازمًا على الرد أم لا؟ فإن البيع صحيح للغاصب عندهم(٢).

وقال الحنابلة - لا يصح بيع المغصوب إلا للغاصب لأن المانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف وكذا لمن يقدر على أخذه من الغاصب لإمكان قبضه فى هذه الحالة، فإن عجز بعد البيع عن تحصيل المغصوب فله الفسخ، ولهذا لو عقد المشترى مع المالك على شراء العين المغصوبة ظانا منه أنه يقدر على أخذه وتسلمه ثم تبين عجزه بعد ذلك كان العقد صحيحا ولكن يبقى له خيار الفسخ(٣).

بيع الكلب:

اختلف الفقهاء فى بيع الكلب - فقال الشافعية: لا يجوز بيع الكلب ولو معلمًا والعقد عليه باطل وذلك لنجاسة عينه عندهم، ولحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه فيما أخرجه أبو داود أنه قال «سمعت رسول الله ﷺ يقال له أنه

---

(١) البحر الزخار ٤/ ٢٩٥، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٦٤.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٦٤.

(٣) الفقة على المذاهب الأربعة ٢/ ١٦٤.

يستقى من بئر بضاعة، وهى بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمحائض وعذرة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام «إنما الماء لا ينجسه شىء» ولأن النبى ﷺ أمر بقتل الكلب فى الحرم ضمن الخمسة التى نص على قتلها وهى: (الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور) ولنهيه ﷺ عن ثمن الكلب(١).

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الكلب غير العقور لمنفعة الزراعة أو الحراسة، لأن النص فيما ليس فيه منفعة وهو الكلب العقور وإن كان أبو حنيفة يرى نجاسته، ولذلك جوز الحنفية بيع الخل المتنحس والدهن الذى يمكن الانتفاع به فى غير الأكل أو الشرب.

وأما المالكية فقد فرقوا بين كلب الماشية والزرع المأذون فى اتخاذه، وبينوا ما لا يجوز اتخاذه، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه كما فى الكلب العقور الذى ورد النص بقتله لعدم الانتفاع به.

وقد اختلف المالكية فيما بينهم فى طهارة الكلب وفى جواز أكله، فمنهم من حرم أكله، ومنهم من جوزه، ومن جوز أكله أجاز بيعه، ومن لم يجوزه وهى رواية ابن حبيب عن مالك لم يجز بيعه(٢).

الثمن فى البيع:

والثمن هو ما تراضى عليه المتبايعات ليكون ثمنًا للمبيع فى عقد البيع، وهو خلاف القيمة، إذ أنها ما يقوم به المبيع فى السوق، أو ما يوزن به ما فى المبيع من مالية، وقد يزيد عنها الثمن وقد يساويها وقد ينقص عنها، لأن مقداره يزيد وينقص على حسب ما يتراضى عليه المتبايعان.

ووجود الثمن شرط أساسى فى انعقاد البيع فلا ينعقد بيع اشتراط فيه عدم

---

(١) راجع مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١١.

(٢) راجع هذا تفصيلا والخلاف فى بداية المجتهد ١/٤٢ وما بعدها من باب طهارة الماء ونجاسته، ٤٧٠ باب الأطعمة، ٢/١٢٦ باب الأعيان المحرمة فى البيع.

الثمن، والعلم به شرط لصحته فإذا باع شخص لآخر بيتًا بثمن مجهول كان البيع فاسدًا، وكذلك إذا سكت المشترى عن الثمن، ويكفى فى العلم بالثمن الإشارة إليه إذا أمكن أن يشار إليه، بأن كان فى مجلس العقد، فإن لم يمكن الإشارة إليه كان علمه بوصفه وصفا يبين به مقداره ويتميز به عما عداه. وعلى ذلك إذا ذكر الثمن بنقود لا يعرف قيمتها أحد العاقدين كان العقد فاسدًا، وإن كان يرتفع هذا الفساد عند الحنفية ببيان قيمته فى مجلس العقد والرضا به فى نفس المجلس[1].

والجهالة المفسدة هى الجهالة الفاحشة وهى التى تفضى إلى النزاع. أما الجهالة اليسيرة فغير مفسدة، وعلى هذا لو تبايع اثنان عينا بما فى هذه العلبة من النقود، صح البيع حتى ولو لم يعرف البائع مقدار النقود التى بداخل العلبة، لأن الجهالة ليست فاحشة لوجود الرؤية ولكن مع ذلك يثبت للبائع عند معرفتها وعدها الخيار وفى إمضاء البيع أو رده، ويسمى ذلك بخيار الكمية.

وقد يكون الثمن قابلا لأن تتغير قيمته بعض الزمن أو باختلاف البلاد وفى هذه الحال تكون العبرة بمكان العقد وزمنه، ولا عبرة بزمن الإيفاء ولا بمكانه، وعلى ذلك فإذا كان الثمن حبوبًا فلم يؤد حتى ارتفعت قيمتها وأريد أن يستبدل بها نقودًا أو كان نقودًا معدنيه وأريد أن يؤدى فى بلد آخر من نقود ذلك البلد الآخر، فإن الواجب أن تكون قيمة المؤدى مساوية لقيمة الثمن المتفق عليه فى مكان العقد وزمنه، لأن الذمة ما شغلت إلا بها، فوجب أن يعتمد عليها فى الوفاء.

تأجيل الثمن وتقسيطه:

إذا خلا العقد من ذكر تأجيل الثمن أو تعجيله كان المدار على العرف، فإن قضى بالتأجيل أو بالتنجيم كان الأمر على ما يقضى، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا. فإن لم يكن عرف اعتبر الثمن معجلا كله.

فإذا أجل الثمن فى العقد أو بعده تأجل ولا يصح التأجيل فى العقد إلا إلى

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧٠.

زمن معلوم كيوم كذا أو إلى سنة كذا. فإذا أجل إلى زمن مجهول جهالة فاحشة أو غير فاحشة فسد العقد، كما إذا أجل إلى يوم قدوم فلان أو إلى سنة نزول المطر، أو إلى زمن الحصاد. وأما إذا كان التأجيل بعد العقد، فإنه يصح إذا كان إلى زمن معلوم أو مجهول جهالة يسيرة كزمن الحصاد، فإذا فحشت الجهالة لم يصح التأجيل كأن يؤجل إلى سنة نزول المطر.

وكما يصح تأجيل الدين يصح تنجيمه (تقسيطه)، فإذا اشترى الدار بألف جنيه مثلا منجمة على عشرة أقساط تدفع فى مواعيد كذا وكذا صح الشرط ولزم وإذا اشترط مع ذلك أن تأخير أى قسط تتعجل به بقية الأقساط صح الاشتراط.

وينتهى الأجل بأول وقته إذا كان معينا كما إذا اشترى بثمن يدفعه فى يوم كذا، ثم جاء ذلك اليوم، فإذا كان معين المدة فقط كسنة وشهر ابتدأت مدته من وقت سقوط الخيار إن كان فى العقد خيار، فإن لم يكن فيه خيار لأحد العاقدين ابتدأت من وقت العقد إذا لم يمتنع البائع من تسليم المبيع إلى المشترى، فإن امتنع من تسليمه لم تبتدىء إلا من وقت تسليمه.

حلول الثمن إن كان مؤجلاً:

ويحل الأجل بموت المدين وهو المشترى فى جميع الأحوال، ولا يجوز للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول أجله، وإذا حل فلم يدفع المشترى الثمن لم يفسخ البيع بل يستوفى الثمن كما تستوفى سائر الديون[1].

(١) أحكام المعاملات ص ٢٧٠ - ٢٧٢.

المقصد الرابع

صيغة البيــــع

صيغة عـقد البيع ما يصدر من طرفى عاقديه دالا عـلى إنشاء المبادلة من قول أو فعل، وإن شئت قلت: صيغة الإيجاب والقـبول المنشئة للمبادلة. وقد يكون كل منهما لفظًا أو كـتابة أو إشارة أو إعطاء أو أخذًا. وقد يكون أحـدهما لفظًا والآخر فعـلا. والذى يصدر ابتداء منهـما يسمى إيجابا والذى يـصدر بعده يسمى قـبولا، ولكن لا ينشـأ الالتـزام ولا يتم الارتباط بين إدارة المتـعـاقدين شـرعـا إلا بموافقـة الإيجاب للقبول وعدم الفصل بينهما بفاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب، وسنفصل ذلك الإجمال فى الآتى:

أولا: موافقة القبول للإيجاب:

يشترط فى صحة الصـيغة موافقة القبول للإيجاب ولـو على سبيل التضمن، ولهذا فلا يتم الارتباط بين البائع والمشترى بقبول المشترى جميع المبيع ببعض الثمن، ولا بقبول بعض المبيع ببعض الثمن[١]، فمثلا: إذا باع شخص لآخر سيارتين بألفى دينار فقال المشترى: قبلتهما بألف وخـمسمائة، أو قبلت أحدهما فقط بألف لم يتم بذلك ارتباط بينهما، فإذا قال المشترى قبلتهما بألفين تم الارتباط بين البائع والمشترى لوجود الموافقة الصريحة، وكذلك إذا قال: قبلتهما بألفين ومائة صح الارتباط وذلك لوجود الموافقة الضـمنية، ولكن لا تلزم الزيادة التى عرضها المشترى إلا بعـد قبولها من البائع فى مـجلس العقـد، وفى هذه الحالة يكون قبـول المشترى بـالزيادة إيجابا وقبول البائع بهـذه الزيادة قبولا للعقد على صورته الجديدة التى عرضـها المشترى، ويتم الارتباط ويكون ملزمًا على هذا الأساس.

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص٦.

ثانياً: عدم الفصل بينهما بفاصل يعتبر إعراضا:

كمـا يشترط فى صحـة الصيغة - ألا يـفصل بين الإيجاب والقبـول بفاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب، كقـيام أحدهما من المجلس أو شروعه فى عمل آخر لا يتصل بالعـقد، ومنه صدور إيـجاب ببدل آخـر كما إذا قال الـبائع: بعت لك هذه السلعة بمائة ريال يمنى، فقال المشترى: قبلتها بثمانين ريال سعودى حيث يكون قبول المشترى بالثمن الجديد هو إيجاب منه لعقد جديد يحتاج لقبول من البائع، فإذا قبل بالثمن الآخر صح العقد وتم الارتباط بينهما.

البيع بالمراسلة ومتى ينعقد؟

وإذا كان العقـد بالمراسلة كان مجلس العقد هو مـجلس وصول الرسالة ويتم الارتباط حينئذ بالقبول فى هذا المجلس بشرط ألا يكون الموجب قد رجع عن إيجابه قبل حصول القبول[1].

كيفية الصيغة فى البيع:

وينعقد الإيجاب والقبول باللفظ وهذا لا خلاف فـيه بين الفقهاء جميعًا، لأن المراد من صيغة العـقد ما يصدر من العاقدين من عبارة تدل على قـصدهما وتفصح عن إرادتهـما وليس هناك أفـصح من اللفظ فى ذلك، لأن الناس جـميـعًا منذ بدء خلقهم قد اتخذوا الكلام وسيلة للإبانة عن أغراضـهم والتعبير عن رغباتهم، فكان السبيل الطـبيعى للإعراب عن المعانى النـفسية والاتجاهات البـاطنية هو اللفظ الدال على ذلك وكان السبب فى ذلك وسيلة الناس إلى إنشاء ما يـحتاجون إليه من تعاقد والتزام.

ولا يشتـرط فى لفظ الصيغـة لغة معينة بـل تصح الصيغة بأيـة لغة يفهمـها المتعاقدان متى كانت عبـارة كل منهما دالة على المراد دون احتمال إرادة شيء آخر. ولا يشتـرط فى لفظ الصيـغة تركيب خـاص، لأن المقصود هـو الإفصاح عـما فى

(١) البحر الزخار ٤/ ٢٩٨ والمغنى لابن قدامة ٣/ ٥٦١، وأحكام المعاملات الشرعية ص٢٥٦.

النفس بأى شكل ، ولهـذا تصح الصـيغـة بلفظ البيـع وبلفظ الشراء وبكل مـا فى معناها كما لا يشترط تقدم الإيجاب عن القبول حيث يصح تقدم لفظ المشترى على لفظ البائع، فإذا قال المشترى: اشتريت منك هذه السـاعة بكذا، فقال البائع: بعتها لك انعقد البيع[١].

وهذا لا خلاف فـيه عند الجمهـور، وإن كان الشافعـية يعتبرون الإيـجاب ما صدر من البـائع سواء تقدم أو تأخـر والقبول ما صـدر من المشترى سـواء تقدم أو تأخر.

لفظ الماضى:

وليس أدل على إنشاء العقـود فى اللغة العربية من استـعمال لفظ الماضى فى الإيجاب والقبول، فـيقول البائع: بعت ويقول المشتـرى: اشتريت أو قبلت وهكذا لأن الفعل الماضى يدل على وجـود معناه وتحقـقه فعلا، فكـان استعمـاله فى إنشاء العقـد أدل على تحققـه وأن العقد كـان فعلا ولا مسـاومة فيـه ولا عد به، ولذلك استعملـه النبى ﷺ فى عقوده وقل أن ترى من العرب من يستعـمل غيره فى ذلك الغرض.

وقد يقوم مقام الفعل الماضى فى إنشاء العـقود ومنها عقد البيع حرف الجواب «نعم» فيقع إيجـابًا، كما إذا قلت لصديق لك: أتبـيعنى كتابك هذا بعـشرين قرشًا فقال لك : نعم، فإن ذلك يكون إيجابًا منه فإذا قبلت تم البيع. ويقع كذلك (نعم) قبولا كمـا إذا قلت لصديق لك: اشتريت منك هذا الكتاب بعشرين قـرشًا، فيقول الصديق: نعم، حيث يتم العقد بذلك ويكون حرف الجواب قبولا منه.

ومثل حرف الجـواب فى هذه الصورة كل ما يدل على الغـرض مثل أن يقول لك: هات الثمن أو ادفع الثمن. وقد تقوم الجملة الاسمية مقام الفعل الماضى أيضًا كأن تقول لآخر: هذا المنزل عليك بألف، فـيقول لك: قبلت، أو فعلت، أو نعم،

---

(١) السراج الوهاج ص ١٧٣.

ومـثل ذلك أن تقول له: وهو لك بألـف إن رضيت أو إن أعـجبك، فـيقـول لك رضيت بذلك، وفى كل ما سبق ينعقد العقد حيث أن المراد لفظ أو صيغة تدل على التمليك والتملك بعوض وقد حصل ذلك[1].

الصيغة بلفظ المضارع ومتى تكون صحيحة؟؟

وكما ينشأ العقـد باستعمال الفعل الماضى أو الجملة الاسمـية فإنه ينعقد عند الجمهور بـاستعمال الفعل المضـارع فى الصيغة كأن تقول لآخـر: أبيعك هذا الثوب بمائة قرش فيقول: اشتريت. أو اشـتريه إذا تعين لإنشاء العقد حالا بواسطة القرائن وانتفى عـنهما إرادة الوعـد أو المساومـة. وعلى ذلك فالمضارع الـذى يراد به الحال ويفهم منه ذلك بواسطة القرائن المحيطة بالعقد كـالماضى فى اعتباره إيجابا إذا صدر أولا وقبولا إذا صدر ثانيا.

أما المضـارع المقترن بالسين أو بسوف أو بأداة اسـتفهام فـإنه لا يصلح لإنشاء العقود وبالتالى لا تصح به صيغة البيع. فـمثلا إذا قلت لآخر: سأبيعك كتابى هذا بمبلغ كذا أو سوف أبيعه لك، فقال لك هذا الـشخص: قبلت أو اشتريت لم ينعقد البيع. وكـذا لو كان فى الصيغـة لفظ استفهام كـما إذا قال لك شخص: أتبـيعنى كتابك هذا بمبلغ كـذا؟ فقال : نعم، أو قبلت، لأن هذه الصيـغة لا تصلح لإنشاء التزام وبالتالى لا تصلح لإنشاء عـقد وإنما هى فقط تصلح كصيغة وعـد بإنشاء عقد والوعد غيـر ملزم، ثم إن ذلك فى حكم الاستفهام ولا خلاف بين الفـقهاء فى أن الصيغة التى فيها لفظ استفهام لا تنشىء عقدًا ولا التزامًا[2].

الصيغة بلفظ الأمر أو الطلب:

فإن كان فى الصيغة لفظ يدل على الطلب أو الأمر فالجـمهور بفساد الصيغة، ومن هؤلاء الزيدية والحنفية وأحد القولين فى مذهب الشافعية والحنابلة.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٠، والمرجع السابق، والبحر الزخار ٢/٢٩٨ والمغنى ٣/ ٥٦١ والمختصر النافع فى فقه الشيعة الإمامية ص ١٢٢.

(٢) البحر الزخار ٤/٢٩٧ ، المغنى ٣/ ٥٦١.

فإذا قال شخص لآخر: بعنى ثوبك بمبلغ كذا فقال: بعتك لم ينعقد البيع عند الجمهور، وذلك لأنه بهذه الصيغة لم يوجد إلا شطرى العقد وهو الإيجاب الذى صدر من البائع بقوله: بعت. وأيضا فإن قولك: بعنى هذا الشىء بمبلغ كذا قد يراد به المساومة فلم يكن متعينا لإنشاء العقد، إذا لا يدل إلا على طلب إنشاء بيع فى المستقبل والمطلوب شرعا هو تمامه فى الحال، ولا يصح العقد بطلب الإنشاء ولا يجز فى الصيغة ومن هنا يحتاج الأمر لصحة تمام العقد شرعا قبول بعد قول القائل: بعت.

فإذا قلت لآخر: بعنى هذا بمبلغ كذا، فقال: بعته لك فتقول بعد ذلك: اشتريت أو اشتريته منك يصح العقد وإلا فلا عبرة بهذه الصيغة ولا يتم بها التزام بيع.

وقال مالك والشافعى: يصح عقد البيع مع الأمر فى الصيغة حيث اعتبروا فعل الأمر صالحا للإيجاب وذلك لدلالة الأمر على الرضاء. ولا يشترط فى الإيجاب إلا أن يكون دالا على رضاء الموجب(١)، وهذا هو الأظهر عند الشافعية، فإذا قال إنسان لآخر: بعنى هذا بكذا، فقال: بعتك انعقد البيع. ومقابل الأظهر وهو الظاهر لا ينعقد البيع إلا إذا قال المشترى بعد ذلك اشتريت وهذا يتفق مع رأى جمهور الفقهاء.

وكما ينعقد البيع بصريح اللفظ فإنه ينعقد بالكتابة إذا كان الحال يدل على ذلك والمراد بالكتابة ما يحتمل البيع وغيره. فمثلا: إذا قلت لآخر: جعلت لك هذا الثوب بكذا أو خذه بكذا أو هو لك بكذا فقال هذا الأخير: قبلت أو رضيت أو أخذت انعقد العقد إذا كان البائع ناويا البيع، ويمكن معرفة ذلك بقرائن الحال كعرض السلعة فى سوق مثلا أو تكون مع بائع متجول وهذا هو الأصح عند الشافعية والظاهر فى مذهب الجمهور(٢).

---

(١) السراج على المنهاج ص ١٧٣ وأحكام المعاملات ص ١٥١.

(٢) المراجع السابقة.

الصيغة بالكتابة والإشارة:

والكتابة تقوم مقام اللفظ عند الجمهور فى إنشاء عقد البيع وفى كل العقود ما عدا عقد الزواج إذا كانت كتابة واضحة مستبينة لا لبس فيها ولا غموض كالكتابة على الورق، لأنها كالقول فى الإبانة عن المراد. أما إذا كانت الكتابة غير مستبينة كالكتابة فى الهواء أو على الماء، فإنه لا اعتداد بها فى إنشاء العقود ولا الالتزام بها.

وعلى ذلك إذا كتبت لإنسان على ورقة: «بعت لك هذا الشيء بمبلغ كذا فكتب تحتها قبلت تم عقد البيع حتى وإن كانا قادرين على النطق[١]. والمختار فى مذهب الزيدية هو عدم انعقاد البيع بالكتابة، لأنها كالإيماء مع القدرة على النطق[٢].

وفى حكم الكتابة الإشارة المفهومة من الأخرس باتفاق، لأنها وسيلته إلى الإفهام والإفصاح عما فى نفسه فكانت له كاللفظ الناطق إذا كان لا يعرف الكتابة. فإن كان يحسن الكتابة فهناك خلاف على الانعقاد بها ولعل ذلك هو الأقرب للصواب، لأننا قبلنا إشارة الأخرس للضرورة لأنها وسيلته إلى التعبير فإذا ما وجدت وسيلة أخرى أوضح كانت هى المطلوبة وزالت الضرورة بزوال هذه الإبانة وأصبح التعبير بالكتابة شرطا فى صحة الصيغة وانعقاد العقد من الأخرس[٣].

البيع بالمعاطاة (الفعل):

وأما العقد بالفعل كما فى بيع المعاطاة فإن الجمهور على صحته وجوازه، فإذا قال إنسان لآخر: أعطنى هذا الثوب بكذا فأعطاه الثوب وأخذ الثمن. أو قال له: خذ هذا الثوب بكذا فأخذه ودفع الثمن كانت الصيغة صحيحة وكان البيع صحيحًا. ولهذا قال الإمام مالك: يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا. أما مذهب الشافعى فهو

---

(١) أحكام المعاملات ص ١٥٣.
(٢) البحر الزخار ٤/ ٢٩٨.
(٣) أحكام المعاملات ص ١٥٤.

منع ذلك وعدم صحته، لأن البيع عند جمهور الشافعية لا يصح إلا بالإيجاب والقبول وبيع المعاطاة أو الأخذ الذى منعه الشافعى هو الذى لا يكون فيه إيجاب ولا قبول ولكن البعض من الشافعية يتفقون مع رأى الجمهور، فإن وجد إيجاب أو قبول فقط كان ذلك من باب الكتابة وهو يصح عند الشافعية وبذا يتفقون مع جمهور الفقهاء ومذهب الجمهور وهو الموافق لغرض الشريعة الإسلامية ومقاصدها لقوله تعالى ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾[1]، ولم يبين الله فى الآية كيفية هذا البيع، فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه فى القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوما عندهم وقت نزول التشريع وفيه نزلت هذه الآية وإنما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان. بمعنى أنه بين منه الحلال الذى يجوز العمل به وبين منه الحرام الذى ينتهى عنه، فلذلك كان بيعا حراما، لأنه بيع نهى عنه حسب شروطه وتفصيله والذى سيأتى فيما بعد معرفته، ومن هنا فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم[2].

ثم إنه لم ينقل عن النبى ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم ضرورة استعمال الإيجاب والقبول أو شرطه فى البيع، ولو كان ذلك لازما لنقل إلينا نقلا شائعًا ولا يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ولأن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه النبى ﷺ بيانا عاما، ولم يخف حكمه، لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً، وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل عن النبى ﷺ ولا عن أحد من أصحابه اشتراط ذلك على ما قاله ابن القيم[3].

والناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر فكان فيه ما يشبه الإجماع كذلك لأن المراد انعقاد الصيغة بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) المغنى ٣/ ٥٦١ ، ٥٦٢.

(٣) المرجع السابق ص ٥٦٢.

واضحة من قـول أو فعل جرى العرف به، ومـا اعتبرت الألفاظ والـكتابة والإشارة إليها إلا لكونها دالة على العقد وهى ليست فى الواقع إلا أفعالا قد يقوم بها اللسان أو البيان أو الرأس أو الأيـدى، فوجب أن تكون جميع الأفعـال الدالة على غرض مثلها، إذ التفرقة بينها حينئذ تعتـبر تحكما ليس له مبرر، وإذن فالعبرة بالإفهام سواء أكان الإيجاب والقبول لفظًا أو كتابة أو إشارة أو فعلا أم كان أحدهما كلاما والآخر كتابة أو إشارة أو فعلا. فإذا قلت لإنسان: خـذ هذا الكتاب بعشرين قرشا وسلمته العشرين قرشا تم البيع صحيحًا[1]. وإن لم يقل لك قبلت أو رضـيت أو اشتريت لدخول الرضا والقبول ضمنا وفعلا.

فإذا كانت الصيغة بالكلام فيشترط فيها سماع المتعاقدين كلام بعضهما بحيث يسـمع القابل كـلام الموجب، ويسمع المـوجب كلام القـابل بعد قـبوله حـتى يتم الارتباط شرعا بدون غرر. فـإن كان البيع يحضره شهوده فإنه يكـفى سماع الشهود بحيث لو أنكر أحدهمـا للسماع لم يصدق. فإذا قـالَ إنسان لآخر: بعت لك هذه السلعة بكذا، وقال الآخر: قبلت، ثم تفرقا فادعى البائع أنه لم يتم القبول أو ادعى المشترى بـأنه لم يسمع الثمن من البائع فـإن دعواهما تحتـاج إلى بينة ولا تسمع إلا بالشهود، فـإن شهدت البينة على صـحة دعوى المدعى حكم القاضى بـبطلان عقد البيع، لأنه قد ظهر أن الصيغة كانت فاسدة وأن البيع لم ينعقد، وإن لم تشهد البينة على صحة الدعـوى كان العقد صـحيحًا من حيث الظاهر: ويترتـب عليه الالتزام شرعا فإذا كـان البائع لم يسلم البيع وجب عليه تسليمـه إن تسلم الثمن، وإن كان المشتـرى لم يسلم الثمن وجب عليـه تسليم الثمن وتسلم البيـع إن بقى على ما هو عليه أثناء البيع.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٥٦.

المقصد الخامس

«الخيار فى البيع»

معنى الخيار فى البيع: هو طلب خير الأمرين فى البيع وهما: الفسخ والإلغاء من العاقد حسب ما يراد من المصلحة له فى ذلك.

والأصل فى عقد البيع أن يكون لازمًا متى انعقد صحيحًا مستوفيًا لأركانه وشروطه. بمعنى أنه لا يحقق لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد الذى عقده والتزم به. إلا أنه قد عدل عن هذا الأصل وأبيح الخيار فى العقد لحكمة جليلة وهى مصلحة العاقدين إذ قد يشترى الإنسان السلعة أو يبيعها لظرف خاص يحيط به بحيث لو ذهب ذلك الظرف لندم على بيعها أو شرائها وقد يعقب ذلك الندم غيظ فضغينة وحقد وتخاصم وتنازع إلى غير ذلك من الشرور والمفاسد التى يحذر منها الدين ويمقتها كل المقت، ولهذا أباح الشارع الإسلامى الخيار فى البيع للمتعاقدين استيفاء للمودة بين الناس ودفعا للضغائن والأحقاد بينهم، وجعل للعاقد فرصة يحتاط فيها لنفسه، ويزن فيها سلعته فى جو هادىء كى لا يكون له عذر فى الندم بعد ذلك[١].

أنواع الخيار:

وأنواع الخيار فى البيع عند الفقهاء أربعة، وهى:

١ - المجلس.

٢ - الشرط.

٣ - العيب.

٤ - الرؤية.

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٦٩، ١٧٠.

١ - خيار المجلس:

وبه قال الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الإمامية استناداً إلى الحديث الشريف الصحيح «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[١].

وهذا مذهب قول أكثر أهل العلم، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبى هريرة، وسعيد بن المسيب، وشريح، والشعبى والأوزاعى وغيرهم[٢].

وعند أبى حنيفة وأصحاب الرأى والمالكية لا يثبت فى البيع خيار المجلس، لأن العقد يلزم بالإيجاب والقبول ولاخيار للعاقدين كما روى عن عمر رضى الله عنه «البيع صفقة أو خيار» ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد عقده كالنكاح والخلع، وذلك لأن خيار المجلس لا يثبت للعاقد إلا بالشرط، فإذا تم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا، وإنما الذى للعاقد فى المجلس عند الحنفية هو خيار القول - فإذا قال البائع للمشترى: بعتك فله أن يرجع قبل أن يجيبه المشترى، ويحمل الحنفية الحديث الصحيح وهو «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» على المعنى السابق وهو «خيار القول» أو خيار المجلس إذا اشترطه العاقدان أو أحدهما فى العقد.

أما المالكية فلا يثبت خيار المجلس عندهم أصلا لا قولا ولا شرطا ولم يأخذوا بالحديث مع صحته لعمل أهل المدينة على خلافه حيث قدموا عمل أهل المدينة على الحديث، لأن عمل أهل المدينة عندهم فى منزلة الحديث المتواتر وهو مقدم على غير المتواتر فى الحديث[٣].

---

(١) رواه البخارى بسنده عن حكيم بن حزام عن النبى ﷺ فى صحيحه ٢/ ١٢.

(٢) السراج الوهاج على المنهاج ص ١٨٤، والمغنى لابن قدامة ٣/ ٥٦٣ والبحر الزخار ٤/ ٣٤٥ والمختصر النافع فى فقه الإمامية ص ١٢١.

(٣) المغنى لابن قدامة ٣/ ٥٦٣ ، ٥٦٤، والاختيار ٢/ ١٦ والموطأ ص ٤٦٦ طبعة دار النفائس بيروت ١٤٠٤هـ.

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور وهو ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين حتى وإن لم يشترطه أحدهما فى العقد ويكون لهما الخيار فى المجلس - أى مجلس العقد - بحيث يكون لكل منهما فسخة أو روية ما دام المجلس منعقداً حتى وإن امتد المجلس أيامًا أو شهوراً ويظل المجلس منعقداً إلا إذا تفرقا باختيارهما، فإن تفرقا إكراها بقى المجلس على انعقاده فإن مات أحد العاقدين فى المجلس قبل التفرق انتقل الخيار إلى الورثة عند الشافعية.

ويرجح مذهب الجمهور حديث «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» وهو حديث صحيح رواه الأئمة كلهم. وحديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال «**إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع**» وهذا الحديث متفق عليه بين علماء الحديث[1].

٢ - خيار الشرط:

وهو عبارة عن كون العاقد يبيع السلعة أو يشتريها بشرط أن يكون له الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه، وعلى هذا يكون خيار الشرط ما اشترطه العاقدان أو أحدهما لهما أو لأحدهما أو لغيرهما.

وقد اتفق الفقهاء على صحة خيار الشرط فى البيع لما ثبت فى الصحيحين[2]، عن ابن عمر رضى الله عنهما قال «ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع فقال له «**من بايعت فقل لاخلابة**[3] **ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال**»[4].

---

(١) البخارى ٢/ ١٢ ، المغنى لابن قدامة ٣/ ٥٦٣.

(٢) البخاري ٢/ ١٣ والفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٧٠.

(٣) أى لا غبن ولا خديعة، والخلابة - بكسر الخاء - هى الخديعة والغش.

(٤) الاختيار ٢/ ١٢، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٧٤، والسراج ص ١٨٥ وفتح القدير ٦/ ٢٩٨ وما بعدها والبحر الزخار ٤/ ١٤٧، والمختصر النافع ص ١٢١.

مدة خيار الشرط:

انفق الفقهاء فى جميع المذاهب على أن المدة فى خيار الشرط إذا كانت ثلاثة أيام فأقل فهى صحيحة ويلزم الشرط ويجب العمل بما اتفق عليه فى العقد، فإن زادت المدة على ذلك فهى صحيحة عند الحنابلة ما دامت معلومة ولا حد لهذه المدة عندهم. وعند الإمام أبى حنيفة إن زادت على الثلاثة كان الشرط فاسدًا وعند أبى يوسف ومحمد إن شرط بما زاد على الثلاثة فهو جائز، وعند المالكية إن كان الخيار فى بيع العقار وهى الأرض وما يتصل بها من بناء أو شجر، فإنه يمتد إلى ستة وثلاثين يومًا. أو ثمانية وثلاثين يومًا على الأكثر، فإن زاد على ذلك فسد العقد، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الاختيار حال المبيع أو للتروى فى الثمن.

فإن كان الخيار فى عروض التجارة كالثياب ونحوها، فإن الخيار ثلاثة أيام ويمتد إلى خمسة فإن زاد عليها فسد العقد.

فإن كان العقد بالبيع على الدواب التى ليس من شأنها استخدامها فى الركوب كالبقر والغنم والطيور فهى كعروض التجارة، أما الدواب التى من شأنها أن تركب فإن كان الخيار فيها لمعرفة رخصها وغلائها وسمها مع معرفة ركوبها أيضًا ونحو ذلك فهو من ثلاثة أيام إلى خمسة كما فى عروض التجارة. وإن كان الخيار فيها لمعرفة حال ركوبها فلا يخلو - إما أن يكون ذلك فى البلد أو خارج البلد. فإن كان فى البلد فالخيار فيها يوما لا أكثر وإن كان خارج البلد فالخيار فيها مسافة بريدين[(١)] لا أكثر وهو فى مقدار أربعة أيام، وبعضهم يقول - إن الخيار فى الدواب ثلاثة أيام وما يقرب من الثلاثة مطلقًا سواء كان الخيار للركوب أو لغيره أما اليوم والبريد فهو مخصوص بالركوب.

ويصح عند المالكية شرط الخيار بعد تمام عقد البيع إذا كان المشترى قد دفع

---

(١) البريد فى حدود اثنى عشر ميلا وحيث أن مسافة البريد ١٢ ميلا فتكون مسافة البريدين هى ٢٤ ميلا والأصل فى البريد هو الرسول الذى قطع هذه المسافة برسالة ثم استعير ذلك للمسافة نفسها وأصبح علما عليا. وانظر المصباح المنير مادة «برد».

الثمن على المعتمد فإن كان المشـترى لم يدفع الثمن فإنه لا يصح شرط الخيار إلا إذا كان مقارنا لأن الثمن يكون حينئذ دينًا فى ذمة المشترى فأخذ فى نظيره سلعة بخيار، وهذه السلعة يحتمل ردها إذا فسخ العقد فـيكون البائع حينئذ قد فسخ ما وجب له فى نظير مـؤخر غير ثابـت وهو غير جائز، ويكون البـيع فى حالة الخيـار بعد تمام العقد على المشـترى، لأنه بيع جديد، فمـا يوجد فى المبيع يكون المشترى مـسئولاً عنه، سواء جعل المشترى الخيار للبائع أو العكس.

وأما الشـافعيـة فقـد قالوا - بأنه لا يصح الزيادة على الثـلاث بأى حال ولا تصح فى الثلاث إلا بشرط أن تكون مـتصلة بشرط الخيار وأن تكون متـوالية. فإذا اشترط مدة مجهولة كأن قال أحد العاقدين: لى الخيار أيامًا أو أبدًا بطل العقد ويتفق جميع الفـقهاء فى ذلك مع الشافعيـة. وكذا يبطل العقد عند الشافعـية إذ لم تتصل المدة بالشرط كـأن قال - بعتك الآن علـى أن يكون الخيار من الغـد، أو فصل بين الأيام الثلاثة ولا تدخل الليالى فى الأيام عند الشافعية.

فإذا قـال: لى الخيـار ثلاثة أيام فإن المدة تنتـهى فى نهاية اليـوم الثالث وإنما احتسبت ليلتا الأول والثانى لضـرورة الحساب، إذ لا يمكن الوصول إلى اليوم الثانى إلا بعد أن تمضى ليلة اليوم الأول. فلو اشترط دخـول الليلة الثالثة فى الحساب بطل العقد[(١)].

وعند الزيدية - فى الزيادة على الثـلاث خلاف والمعتـمد عندهم فى المذهب صحة اشتراط الزيادة، فـالثلاث لقوله ﷺ لحبان **«ولك الخيار ثلاثا»** والزيادة لخبر عندهم وهو قوله ﷺ **«إن لم تكن صفقة خيار»**. ولم يفصل[(٢)].

وعند الإمامـية يجـوز تحديدها بأى مـدة حسب الشـرط كما هـو الحال عند

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٧٧ وما بعدها، والسراج ص ١٨٥.

(٢) البحر الزخار ٤/ ٣٤٨,٣٤٧.

الحنابلة والزيدية[١]، وذلك بشرط أن تكون المدة مضبوطة لا مجهولة أو محتملة كتعليقها على نزول المطر أو وجود الثمن.

وقد رجح صاحب المغنى عدم التقيد بالثلاث ما دامت المدة مقدرة، وذلك لأن خيار الشرط حق يعتمد الشرط فرجع فى تقديره إلى مشترطه كالأجل فى تسليم المبيع أو الثمن، أى لأن مدة الشرط ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل. وأما ما روى عن عمر رضى الله عنه وهو أنه قال - ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان[٢] «جعل له الخيار ثلاثة أيام إن رضى أخذ وإن سخط ترك» فإن هذا الأثر لم يثبت صحته وقد روى عن أنس خلافه. وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها وإنما يربط بمظنتها وهو الإقدام لأنه يصلح أن يكون ضابطا.

ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترطا لأحدهما مدة وللآخر غيرها لأن ذلك حقهما.

ولو اشترى شيئين وشرط الخيار فى أحدهما بعينه دون الآخر صح العقد، لأن ذلك جمع بين بيع فيه الخيار وبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه حيث يصح الشراء، فإن شرط الخيار فى أحدهما ولم يعينه أو لأحد المتعاقدين بدون تحديد لم يصح البيع، لأنه مجهول وبيع المجهول باطل ولأنه يفضى إلى التنازع وربما طلب واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر أو أن الخيار له وحده وليس للآخر، فلهذا كان شرط الخيار باطل مع عدم التنبيه[٣].

---

(١) المختصر النافع ص ١٢١ والمغنى لابن قدامة ٣/٥٨٦.

(٢) وهو حبان بن منقذ الأنصارى الذى كان فى البياعات فقال له النبى ﷺ: «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» - الفتح ٦/٢٩٩ والمغنى ٣/٥٨٦.

(٣) المراجع السابقة.

وإن شرط الخيار لأجنبى صح وكان اشتراطا من العاقد لنفسه وتوكيلا لغيره، وهذا قول أبى حنيفة ومالك، وأحد القولين عند الشافعى، والحنابلة الزيدية[1].

هل يخرج المبيع عن ملك البائع فى زمن خيار المجلس أو الشرط؟

عند الحنابلة: ينتقل الملك فى زمن الخيارين إلى المشترى ويخرج عن ملك البائع سواء كان الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما فقط بائعا أو مشتريا. فإذا تلف المبيع فى زمن الخيار أو نقصت قيمته بعيب فلا يخلو - إما أن يكون قد بيع بكيل أو وزن أو عدد أو زرع أو لا، فإن كان الأول فإن ضمانه يكون على المشترى إذا قبضه واستلمه لأنه ملكه، وقد وضع عليه يده فيكون مسئولاً عنه، أما إذا لم يقبضه فإن ضمانه يكون على البائع. وإن كان الثانى فإن ضمانه يكون على المشترى فى حالين:

الأول: أن يستلمه ويقبضه بالفعل.

الثانى: أن لا يستلمه ولكن لم يمنعه البائع من استلامه وقبضه، وأما إذا أراد استلامه فمنعه البائع فإن البائع يكون مسئولا عنه.

وإذا تلف المبيع فى يد المشترى بطل خياره واستقر الثمن فى ذمته ووجب عليه أداؤه للبائع.

ويترتب على انتقال الملك إلى المشترى آثار الملك الأخرى، وهى أن يكون مكلفًا بمؤنة الحيوان الذى اشتراه ونحوه[2]. وكما ينتقل ملك المبيع للمشترى فكذلك ينتقل الملك فى الثمن للبائع، ولكن ليس للشفيع الأخذ بالشفعة حتى تمضى مدة الخيار، لأن الملك غير تام فى مدة الخيار لاحتمال الرجوع عن البيع والشراء.

وقال الشافعية: إن كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع عن ملكه فى زمن الخيار وإن كان للمشترى خرج المبيع عن ملك البائع، فإن كان لهما معا كان الملك موقوفا فإن تم البيع بعد انتهاء مدة الخيار ظهر أن الملك للمشترى من حين العقد، وإن فسخ

---

(١) البحر الزخار ٤/ ٣٤٩ والمرجع السابق.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ١٨٠.

اعتبر كأنه لم يخرج عن ملك البائع لا فرق فى ذلك بين خيار الشرط وخيار المجلس[١].

والفوائد المتحصلة من المبيع سواء كانت منفصلة كاللبن أو متصلة كالحمل الحادث فى زمن الخيار تكون لمن انفرد بالخيار من بائع أو مشترى، وتكون موقوفة إذا كان الخيار لهما معًا يستحقها من يظهر له الملك. أما الحمل الموجود قبل الخيار فهو مبيع مع أمه فحكمه حكمها، والفوائد المتصلة غير الحمل تتبع الأصل فى رد المبيع وإمضائه.

وإذا تلف المبيع بآفة سماوية فى زمن الخيار فلا يخلو: إما أن يكون التلف قبل القبض أو بعده، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع على أى حال سواء كان الخيار لهما أو لواحد منهما وسقط الثمن[٢]، وإن كان بعد القبض فلا يخلو - إما أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى أولهما، فإن كان الخيار للبائع انفسخ البيع أيضًا ويسترد المشترى الثمن ويرجع عليه البائع بالقيمة بأن يأخذ منه فرق الثمن إذا كان الثمن زائدًا على القيمة. وإن كان للمشترى أو لهما معًا يبقى الخيار، فإن تم العقد بأن أجازه المشترى لزمه الثمن، وإن لم يجزه لزمته القيمة[٣].

وقال الحنفية والزيدية: إذا كان الخيار للبائع فقط فإن المبيع لا يخرج عن ملكه أما الثمن فإنه يخرج عن ملك المشترى». وفى هذه الحالة إذا قبض المشترى المبيع وهلك فى يده فإنه يكون ملزما بقيمته للبائع وتعتبر قيمته من يوم قبضه لا من يوم هلاكه. وإذا طرأ على المبيع عيب وهو فى يد البائع ونقصت قيمته فإن خياره لا يفسد، لأن ذلك العيب لم يكن بفعله فليس مسئولاً عنه ولكن للمشترى الخيار فى هذه الحالة، فإن شاء أخذ المبيع بثمنه وإن شاء فسخ البيع. أما إذا كان النقص بفعل البائع فإنه يكون مسئولا عنه، فينقص من ثمنه بقدر ما أصابه من النقص. فإن

---

(١) السراج على المنهاج ص ١٨٤ وما بعدها.

(٢) ولو برأه المشترى عن الضمان لم يبرأ فى الأظهر ولم يتغير الحكم.

(٣) المرجع السابق ص ١٨٥ ، ١٩١.

هلك المبيع تحت يد البائع مع أن الخيار له انفسخ البيع ولا شيء على البائع ولا على المشترى.

وإذا كان الخيار للمشترى وحده أو لأجنبى فإن المبيع يخرج عن ملك البائع فى زمن الخيار ولا يخرج الثمن عن ملك المشترى. وفى هذه الحالة تجب نفقة المبيع على المشترى، وإذا طرأ على المبيع عيب فإن كان مما يمكن زواله كالمرض ونحوه فإن زال فى مدة الخيار فهو على خياره وإن لم يزل لزم العقد وإن كان مما لا يمكن زواله وكان فى يد المشترى فإنه يلزم بثمنه لا بقيمته. ولا فرق بين أن يكون العيب حاصلا بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى[١].

فإذا كان الخيار لهما معًا أى للبائع والمشترى بقى المبيع على ملك البائع والثمن على ملك المشترى زمن الخيار، فإذا فسخ المبيع واحد منهما فى المدة انفسخ وإذا أجازه أحدهما أصبح العقد لازمًا بالنسبة له مع بقاء الآخر على خياره وإذا لم يوجد أجازه ولا فسخ بل سكتا حتى انقضت مدة الخيار لزم البيع[٢].

وقال المالكية: لا يخرج المبيع عن ملك البائع فى زمن الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما معًا أو لأجنبى ولا ينقل المبيع من ملك البائع إلا بعد إمضاء العقد[٣] وفوائد المبيع فى زمن الخيار وإن كانت منفصلة عنه كالبيض واللبن للبائع، أما إن كانت متصلة به كالصوف فإنها للمشترى لأنها كالجزء من المبيع[٤].

متى تبدأ مدة الخيار؟

وتبدأ مدة خيار الشرط من حين العقد على الراجح عند فقهاء المذاهب لا من حين التفرق كما يقول البعض، لأن الخيار ثابت فى المجلس حكمًا فلا حاجة إلى إثباته بالشرط، ولأن حالة المجلس كحالة العقد، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان

---

(١) فتح القدير ٦/ ٣٠٥ وما بعدها والبحر الزخار ٤/ ٢٤٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ١٠٣ وبداية المجتهد ٢/ ٢٠١.

(٤) المرجع السابق.

فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه، وإنما رجح الأول لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداؤها منه كالأجل، ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع، ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى إلى جهالته، لأننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا متى انتهاؤه؟[١].

٣ - خيار العيب:

وللمشترى الخيار في إلغاء عقد البيع وفسخه إذا وجد في المبيع عيبا ولو لم يشترط ذلك أثناء العقد، وهذا ما يسمى بخيار العيب.

والعيب الذى يجعل للمشترى الحق في رد المبيع هو الذى تنقص به قيمة المبيع أو يفوت به على المشترى غرض صحيح، فمثال ما تنقضى به قيمة المبيع جماح الدابة عند ركوبها وعدم انقيادها لصاحبها، وكذلك إذا كانت تعض أو ترفس لأن ذلك عيب ينقص قيمتها. بخلاف ما إذا كان بها عيب يسير لا ينقص القيمة كقطع صغير في فخذها أو رجلها حيث أن ذلك لا يضرها فلا ترد به. ومثال ما يفوت به غرض صحيح على المشترى - أن يشترى شاة ليضحى بها فيجد في أذنها قطعا يمنع صحة الأضحية بها، فإن ذلك القطع وإن لم ينقص قيمة الشاة ولكنه يفوت على المشترى غرضا صحيحا وهو الأضحية فله ردها بذلك، وكذا إذا اشترى خفا أو ثوبا ليلبسه فوجده ضيقا لا يكفيه، لأن ذلك عيب ينافى استعماله فيفوت على المشترى غرضه من شرائه[٢].

ولا يخرج العيب الذى يثبت فيه الخيار عن القسمين الآتيين وهما:

أولا: أن يكون بعمل البائع كخلط اللبن بالماء والسمن بالزيت، ووصل ضرع الحيوان ليحبس اللبن فيه فيكبر ضرعه فيغتر المشترى به ويظن أن ذلك من كثرة اللبن الذى يدره الحيوان في كل مرة وأن ذلك في كل يوم.

---

(١) المغنى ٣/٥٧٧.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٨٨ وما بعدها.

ثانيًا: أو يكون عيبا طبيعيا وهو إما ظاهر كجموح الدابة وعضها وعجزها عن حمل ما يحمله مثلها عادة، أو باطن كـفساد الجوز واللوز وما فى حكمه مما داخل غلافه وإن جهل به البائع.

ويشترط لرد المبيع بالعيب شروط هى:

(أ) أن يكون الغالب فى مثله السلامة من ذلك العـيب، ومثال ذلك: ما إذا اشترى حصانا فوجده مـخصيا، لأن الغالب فى الخيل والحمير سلامـتها من الخصاء والخصـاء عيب قد يفوت على المشـتري غرضــه من الشراء، فإنه قد يشـتريه ليستولد به من جنسه. وكذا لو اشتـرى عربة فلم يجد بها جهازًا للتحكم فى الوقوف (الفرامل) عند اللزوم.

فإذا كان الحيوان للذبح فلا يضر فيه الخصاء ولا يكون عيبا يرد به أو يثبت به الخيار، لأن الغالب فى حيوان الذبح الخصاء إذ هو يزيده سمنا ولحما.

(ب) ألا يمكن إزالته إلا بمشقة، فإن أمكن إزالة العيب بغـير مشقة فإن المبيع لا يرد به، ولا يثبت فيه خـيار العيب، وذلك كما إذا اشتـرى ثوبا منجسا لا تنقص قيمته بالغسل، وكما إذا اشترى سيفا معوجا يمكن إزالة اعوجاجه بسهولة، أو اشترى سيارة بها خلل بسيط يمكن إصلاحه.

(ج) ألا يكون العيب موجودًا فى المبيع وهو عند البائع ويعلم به المشترى، فإن كان العيب موجودًا قبل البيع ويعلم به المشترى فلا خيار للعيب[1].

هل يشترط فى الرد بالعيب الفورية بعدم العلم؟

الشافعية على الراجح عندهم يشترط ذلك ويتفق المالكية مع الشافعية فى الرد على الفورية بعدم العلم بالعيب إلا أن المالكية يقدرون الفورية بمقدار يومين وما يزيد عليها يكون تراضيا، والمراد بالفور عند الشافعـية ما لا يعد تراضيا فى العادة بحيث أنه إذا اشتـغل بصلاة دخل وقـتهـا بعد العلم بالعـيب أو بأكل ونحو ذلـك لا يعد

(١) المراجع السابقة.

تراضيا، وكذا إذا كان التراخي لعذر كمرض أو خوف من لص أو حيوان مفترس أو نحو ذلك ولو امتد أياما، لأن ذلك لا يسقط حـقه لأنه لا يعد فى ذلك متراخيا أو مقصراً فى المطالبة بحقه.

وأما الحنفية والحنابلة والظاهر من مـذهب الزيدية هو عدم اشتراط الفورية فى الرد بالعـيب بعد العلم بل يصح أن يكون على الـتراخى، لأنه شرع لدفـع الضرر المتحقق. فلم يبطل بالتـأخير إلا إذا كان مقتـرنا بما يدل على الرضاء بالعيب كلبس الثوب بعـد العلم بعيبـه أو استعـمال السيـارة بعد العلم بعـيبهـا، أو ركوبه الدابة واستخدامها ونحو ذلك إلا إذا كان ذلك الاستعـمال بغرض الاختيار ومعرفة صحة المبيع وبراءته من العيوب التى تخول الرد بها لمن له الحق فى ذلك، لأن هذا لا يدل على الرضاء.

ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضـا البائع ولا إلى حضوره ولا إلى حكم حاكم سواء كان الـرد قبل القبض أو بعده، فـمتى أعلن المشترى فـسخ العقد أصبـح غير مسئول عن المبيع.

٤ - خيار الرؤية:

وخيار الرؤية هذا إنما يتـعلق ببيع الشيء الغائب عن مجلس العقـد حسب ما ذكر تفصيله عند الكلام عن الشـرط الرابع من شروط المعقود عليه[١] وهو أن يكون معلوما للعاقـدين عينا وقدراً وصفة، لأن ذلك شرط من شروط صـحة البيع حيث يشتـرط فى صحته أن يكون المبـيع والثمن معلومين للبـائع والمشترى بما ينفى صـفة الجهالة التى تقـضى إلى التنازع بين المتبايعين والتى لا يصح معهـا البيع شرعا، لأن غرض الشريعـة الإسلامية هو القـضاء على تفشى الخصومـات. والعمل على قطع التنازع والشقاق بـين الناس، ولذا قضت بفساد كل عقـد من شأنه إثارة هذا التنازع وذلك الخصام، وهذا قدر متفق عليه بين أئمـة المذاهب وجمهور الفقهاء. ولما كانت الرؤية قد تحـقق بالمشاهدة أو بالوصف، أو مـا فى معنى الوصف، فكان الجمـهور على صحة بيع الغائب عن المجلس الموصوف وصـفًا دقيقًا واضحًا بعينه لكلا طرفى

(١) ص ٦٥.

المجلس بما يجعله فى حكم الموجود فى المجلس ويمنع الخلاف بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد. ومع ذلك فقد أباحت التشريعات الإسلامية زيادة فى التوسعة على المتعاقدين، خيار الرؤية عند رؤية المبيع بالنسبة لمن لم يره أثناء مجلس العقد بمعنى أن يكون له الحرية عند الرؤية فى الثبات على العقد المتفق عليه وإمضاء البيع، أو إنهاء ذلك العقد وفسخ البيع الذى تم إبرامه فى ذلك العقد. وهذا هو قول جمهور الفقهاء من حيث الجملة وإن كان بينهما خلاف فى بعض التفصيلات.

وخيار الرؤية يثبت بغير شرط عند الحنفية، ولابد من النص عليه عند المالكية. ويثبت خيار الرؤية عند الحنفية فى البيع إذا كان المبيع عينا يلزم تعيينها بحيث لا تكون دينا فى الذمة كما إذا اشترى مقداراً معينًا من الحنطة غائبًا عنه على أن يستلمه بعد العقد.

أما إذا اشتراه على أن يكون دينا فى ذمة البائع، فإنه لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه يكون سلمًا فى هذه الحالة وبيع السلم لا خيار للرؤية فيه. اللهم إلا إذا كان رأس مال المسلم فيه عينًا، فإنه يثبت فيه خيار الرؤية للمسلم إليه (البائع) باعتبار الثمن فى هذه الحالة عينًا لا دينا وهذا يتفق مع القاعدة العامة عند الحنفية.

والظاهر من مذهب المالكية أنهم لا يشترطون فى المبيع الذى يثبت فيه خيار الرؤية أن يكون عينًا وكل ما فى الأمر أنهم لا يعتبرون البيع صحيحًا بدون رؤية إلا إذا تحقق واحد من أمرين:

أحدهما: وصف السلعة بما يعين نوعها أو جنسها.

وثانيهما: أن يشترط الخيار برؤية المبيع فى عقد البيع.

وعلى هذا إذا باع الشخص سلعة ما بيعًا باتًا أى بدون خيار من غير أن يراها المشترى وبدون أن توصف له وصفًا تامًا من غير البائع أو من البائع نفسه على المعتمد فإن البيع يقع فاسداً.

وقال الحنابلة: يشترط فى بيع الغائب الذى يصح فيه خيار الرؤية ما يشترط

فى السلم وذلك يتحقق فى الأشياء التى يمكن ضبطها بالوصف كالمكيلات والموزونات والمعدودات المساوية لا المختلفة كالرمان والتفاح، لأن بعضه كبير وبعضه صغير، والجواهر المختلفة وغيرها مما فى حكمها.

ويسقط خيار الرؤية بخمسة أمور هى:

أولا: تعيب المبيع وهو فى يد المشترى.

ثانيا: أن يتعذر رد المبيع وذلك بإحداث تغيير فيه يدل على الرضا بالمبيع كما إذا اشترى ثوبا غير مخيط وعند استلامه قام بتقطيعه وتمزيقه للخياطة.

ثالثًا: أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرفا يوجب حقا للغير فيه كأن يرهنه لشخص آخر فى مقابل دين عليه.

رابعًا: إذا لم يشترط البائع لنفسه خيار الرؤية حيث باع بيعًا باتا، لأن ذلك يسقط حقه فى الرد سواء كان ذلك قبل رؤية المبيع من المشترى أو بعدها.

خامسًا: الرضا بالمبيع بعد رؤيته مباشرة ويمكن الدلالة على ذلك الرضاء بدفع الثمن إذا كان لم يدفع أو لقبض المبيع ويرضى به وإن لم يدفع الثمن أو بالتصرف فيه بما يدل على الرضاء بالبيع والملكية كالإعارة والهبة والاستعمال.

ورؤية البعض الدالة على الباقى كافية فى تحقيق رؤية المبيع وعلى ذلك إذا رأى المشترى بعض المبيع قبل العقد فحصل له بتلك الرؤية العلم بباقى المبيع ورضى بذلك البعض، فإنه لا يكون له خيار الرؤية بعد ذلك، لأنه يكون اشترى ما قد رآه ولا خيار للرؤية فى المعين. ويشترط في هذا البعض الذى تكفى به الرؤية عن جميع المبيع أن يكون جزءًا متساويا مع بقية أجزاء المبيع، بأن كان مكيلا أو موزونا، فإن كان المبيع خليطا من عدة أجناس فلا تكفى فيه رؤية البعض لإسقاط الخيار.

ويكفى فى الحيوان الذى يشترى لذبحه وأكله لحما اللمس لو كان من أعمى. أما إذا كان للقنية فلابد من رؤيته. ولابد من رؤية العقار جميعه فإن كان بناء فلابد من رؤيته من الداخل رؤية يتحقق معها معرفة المبيع معرفة تامة من جميع نواحيه.

وإذا كان للمبيع قشرة كالرمان والجوز واللوز والبيض والبطيخ، فإنه يكفى فيه رؤية البعض عن رؤية الجميع إن كان النوع منهما متساويا وإن لم يكسره ويعرف ما فى داخله، فإذا وجد الباقى الذى لم يراه مخالفًا لما رآه مخالفة يسيرة فلا يؤثر ذلك فى البيع ولا يكون وسيلة لإثبات خيار الرؤية من جديد. أما إذا كانت المخالفة شديدة فإن الخيار يبقى ويكون له حق الإمساك أو رد البيع.

وإذا رأى المبيع قبل العقد بزمن لا يتغير فيه عادة فإنه يصح شراؤه بلا شرط الخيار فإن كانت الرؤية قبل العقد بزمن يتغير فيه عادة لا يصح البيع بدون شرط الخيار عند رؤيته[1].

هذا وليس المراد بالرؤية الإبصار بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بأصل العقد على الوجه الذى يناسبه. فإن كان فى المرئيات كان العلم به بواسطة البصر، وإن كان فى المشمومات كالروائح العطرية كان العلم به بواسطة الشم، وإن كان من المطعومات كان العلم به بواسطة الذوق. وإن كان من الأشياء التى لا تعرف إلا بالحس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة لمسه وهكذا.

ورؤية الوكيل بالعقد كرؤية الموكل إذ جميع ما يرجع إلى العقد مع الأصيل يرجع فيه إلى الوكيل.

هذا وجمهور الفقهاء كما سبق القول على صحة خيار الرؤية والجديد من مذهب الشافعى بعدم ثبوته لعدم صحة بيع المعدوم عندهم.

ودليل الجمهور قول النبى ﷺ **«من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»**[2] وهو نص فى الباب فلا يترك بلا معارض[3].

---

(١) انظر فتح القدير ٦/ ٣٣٥ إلى ٣٥٤، والاختيار ٢/ ٢١ وما بعدها والفقه على المذاهب الأربعة ٢/ ٢١٤ وما بعدها والبحر الزخار ٤/ ٣٥١ وما بعدها والمختصر النافع ص ١٢١.

(٢) المعاملات الشرعية ص ٢٤٢، وفتح القدير ٦/ ٣٣٦.

(٣) وروى هذا الحديث مرفوعاً عن أبى هريرة من طريق أبى حنيفة. المراجع السابقة.

فإن قيل: هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه - قال عليه الصلاة والسلام «لا تبع ما ليس عندك» والمراد ما ليس بمرئى للمشترى لإجماعنا على أن المشترى إذا كان قد رآه فالعقد جائز، وإن لم يكن حاضراً عند العقد. قلنا: بل المراد النهى عن بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال «يارسول الله إن الرجل يطلب منى سلعة عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأجدها فأشتريها فأسلمها إليه، فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك»(١).

والحديث وإن احتج بإرساله وتضعيفه من بعض الروايات، فقد ثبت رفعه وصحته من طرق أخرى، ثم إن المرسل حجة عند أكثر أهل العلم. وقد روى هذا الحديث - الحسن البصرى وابن سيرين» وهو رأى ابن سيرين، ولذا عمل به مالك وأحمد(٢).

ويثبت خيار الرؤية للمتملك من المتعاقدين باتفاق عند الحنفية، ولذا يثبت للمشترى بنص الحديث السابق **«من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»** وزيد فى بعض الروايات **«إن شاء أخذه وإن شاء تركه»**.

وفى ثبوته للبائع منهما إذا تصرف فملك قبل أن يرى ما ملكه خلاف، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته، ووجهة الأولين أن الإنسان قد يرث ما لا يراه ثم يبيعه قبل أن يراه، فإذا رآه بعد ذلك فربما تبين له أنه قد غبن فى صفقته فاحتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه، ووجهة الجمهور - أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفته لمقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد النص، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما يملكه قبل رؤيته، فذلك لتقصير منه فلزمه تحمل التبعة وهذا هو الصحيح عند الحنفية، وبرأى الحنفية أخذ الشافعى فى مذهبه القديم، وأحمد فى رواية عنه(٣).

---

(١) فتح القدير المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٧.

(٣) راجع المعاملات الشرعية ص ٢٤٢.

ضمان البيع قبل القبض:

والمبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فإن تلف بآفة سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن إن كان فى الذمة، فإن كان الثمن معيبًا وجب رده إن كان باقيا فإن تلف وجبت قيمته من وقت ضمانه. وخرج بالتلف ما لو ضل أو غصب المبيع حيث يثبت الخيار للمشترى لاحتمال إمكان الرد والتسليم بخلاف التلف حيث يستحيل معه التسليم.

وإتلاف البائع كتلفه بآفة سماوية أما إتلاف الأجنبى فإنه يثبت الخيار فى فسخ البيع أو بقائه وطلب التعويض والبدل من المتلف.

وإتلاف المشترى للمبيع قبض منه إن علم أنه المبيع حالة الإتلاف وكذا إن لم يعلم على المعتمد.

ولو تعيب المبيع قبل القبض بآفة سماوية مرضية أخذه المشترى ووجب عليه الثمن، وكذا إن كان سبب العيب يرجع إليه. فإن كان العيب أو المرض يرجع إلى الأجنبى فالخيار ثابت للمشترى بتعييبه.

فإن أجار العقد غرم الأجنبى الأرش، وإن كان رفض انفسخ البيع وغرم البائع الأجنبى ووجب عليه رد الثمن إن كان قد تسلمه.

والمعتمد هو ثبوت الخيار للمشترى إن كان التعيب من البائع بمعنى أن يقبل المبيع على علاته ويمضى البيع أو أن يرفض المبيع ويفسخ البيع وتبرأ ذمته المالية من الثمن إن كان لم يدفع الثمن للبائع ويحق له مطالبة كل الثمن إن كان قد تسلمه البائع[١].

---

(١) السراج الوهاج ص ١٩١.

المقصد السادس

«البيوع الربوية والربويات»

تمهـــــيد :

المراد بالبيــوع الربوية البيوع التى يكون العقـد فيها على أحـد الربويات وبيان الصحيح منها شرعا والفاسد الذى لا يصح العقد معه.

والربا فى اللغة معناه: الزيادة مطلقا سواء كان حسيا أو معنويًا[١] ويؤيد ذلك قول الله تعالى ﴿**فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت**﴾[٢] أى علت وارتفعت، لأن العلو والارتفـاع زيادة على الأرض، وقـال تعـالى ﴿**أن تكون أمـة هـى أربى من أمة**﴾[٣] أى أكثر عددًا.

أما الـربا عند الفقـهاء فـالمراد به - زيادة أحد البـدلين المتجـانسين فى عـقد معاوضة من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض ما.

والربا ينقسم إلى قسمين عند جمهور الفقهاء هما:

١ - ربا الفضل.

٢ - ربا النسيئة.

وزاد الشافعية قسمـا ثالثًا: هو ربا اليد، وهو بيع الربويين المتجانسين من غير تقابض كـالقمح بالقمح، والشعـير بالشعـير، وهذا يدخل عند الجمهـور ضمن ربا النسيئة.

---

(١) المصباح المنير ص ١٠٠ مادة «ربا».

(٢) سورة الحج الآية ٥.

(٣) سورة النحل الآية ٩٢.

ربا النسيئة:

وربا النسيئة - هو عبارة عن زيادة أحد البـدلين المتجانسين فى عقد البيع على أن تكون الزيادة فى مقابلة تأخير الدفع، ومثال ذلك: ما إذا اشترى إردبا من القمح «البر» زمن الشتاء بأردب ونصف منه يدفـعها فى زمن الصيف، فإن نصف الأردب من القمح الذى زاد فى الثمن لم يقابلـه شىء من المبيع، وإنما هو فى مقابلة الأجل فقط، ولهذا سمى بالنسيئة أى التأخير.

ربا الفضل:

وأما ربا الفـضل فهـو عبـارة عن بيع الربويين المتجـانسين غيـر متمـاثلين أو متساويين بحـيث يكون أحد العوضين أريد من الآخر من غير مـقابل لهذه الزيادة، ولهذا سـمى فضلا أى زيادة، ومثـال ذلك: ما إذا اشتـرى أردبا من القمح بأردب وكيلة من جنسه مقايضة فى مجلس العقد.

حكم بيع الربوى مع فضل أو نسيئة:

ولا خلاف بين الفقهاء والعلماء فى تحريم ربا النسـيئة، لأنه كبيرة من الكبائر وقـد ثبت تحريمه بالكتـاب والسنة وإجمـاع المسلمين. أمـا الكتاب فـقوله تعـالى: **﴿وأحل الله البيع وحـرم الربا فمن جاءه مـوعظة من ربه فانتهى فله مـا سلف وأمره إلى الله، ومن عاد فـأولئك أصحاب النار هم فـيها خـالدون * يمحق الله الربا ويربى الصدقات، والله لا يحب كل كفـار أثيم * يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مـؤمنين * فإن لم تفعلوا فـأذنوا بحرب من الله ورسـوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾**[(١)].

وهذا النوع من الربا كان شائعا بين العرب فى الجاهلية وقد اتفق الفقهاء على أنه منهى عنه وهو الذى عناه النبى ﷺ بقوله فى حجة الوداع **«ألا وإن ربا الجاهلية**

---

(١) سورة البقرة الآيات ٢٧٤ ، ٢٧٩.

موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب» وهذا هو دليل السنة على التحريم[١].

وقد اتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين - فى البيع، وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذى ورد النهى عنه فى القرآن والسنة، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرنى أزدك[٢].

كما كان الدائن يقول لمدينه عند حلول الأجل: إما أن تعطى الدين أو تؤخر بالزيادة المتعارفة بيننا، وهذه الزيادة قد تكون فى العد كأن يؤجل له دفع الناقة على أن يأخذ ناقتين. وتارة تكون بالسن كأن يؤجل له دفع ناقة سن سنة على أن يأخذها منه سن سنتين أو ثلاث وهكذا. ومثل ذلك ما كان متعارف بين العرب فى الجاهلية من أن يدفع أحدهم للآخر مالا لمدة محددة ويأخذ كل شهر قدرًا معينا، فإذا حل موعد الدين ولم يستطع المدين أن يدفع رأس المال أجل له مدة أخرى بالفائدة التى يأخذها منه[٣].

وقد حرم الله سبحانه وتعالى الربا على المسلمين وعلى غيرهم من الأمم الأخرى اليهود والنصارى، وذلك لما فيه من إرهاق المضطرين والقضاء على عوامل الرفق والرحمة بالإنسان، ونزع التعاون والتناصر فى هذه الحياة، فإن الإنسان من حيث هو لا يصح أن يكون ماديا من جميع جهاته ليس فيه عاطفة خير لأخيه، فيستغل فرصة احتياجه ويوقعه فى شرك الربا فيقضى على ما بقى فيه من حياة، مع أن الله سبحانه وتعالى قد أوصى الأغنياء بالفقراء وجعل لهم حقا معلوما فى أموالهم، وقد شرع القرض لإغاثة الملهوفين وإعانة المضطرين لا لأكل أموال الناس

---

(١) بداية المجتهد ٢/١٢٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الفقة على المذاهب الأربعة ٢/٢٤٦.

بالباطل، هذا فضلا عما فى الربا من حصر الأموال فى فئة المرابين، وفتح أبواب الشهوات لضعاف الإرادة والقضاء على ما عندهم من ثروة إلى غير ذلك.

وحرمة الربا فى النسيئة مقطوع بها وليس فى قوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة**﴾[١] شبهة فى تحليل الربا إذا لم يكن أضعافا مضاعفة كما يقول بعض ضعاف العقول، لأن الغرض من الآية الكريمة إنما هو التنفير من أكل الربا، ولفت نظر المرابين لما عساه أن يؤول إليه أمر الربا من التضعيف الذى قد يستغرق مال المدين. فيصبح لمرور الزمن وتراكم فوائد الربا فقيرا بائسا عاطلا فى هذه الحياة بسبب هذا النوع الفاسد من المعاملة، وفى ذلك من الضرر على نظام العمران ما لا يخفى، ولا يكاد يتصور عاقل أن الله تعالى (ينهى عن ثلاثة أضعاف، ولا ينهى عن الضعفين أو الضعف) على أنه لا يمكن لعاقل أن يفهم هذا المعنى بعد قول الله تعالى ﴿**فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون**﴾[٢].

وقوله ﴿**يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم**﴾[٣]. وقوله ﴿**الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس**﴾[٤] وقوله ﴿**وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربو عند الله**﴾[٥].

ربا الفضل:

أما ربا الفضل وهو بيع أحد الجنسين بمثله حالا مع التقابض بزيادة فى أحد الجنسين عن الآخر فهو حرام عند الجمهور من الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة، والزيدية، والإمامية[٦]. بل حكى ابن قدامة الإجماع على تحريمه كما فى

---

(١) سورة آل عمران الآية ١٣٠.
(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٩.
(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٦.
(٤) سورة البقرة الآية ١٧٥.
(٥) سورة الروم الآية ٣٩.
(٦) البحر الزخار ٤/ ٣٨٥ ، والمختصر النافع ص ١٢٩.

ربا النسيئة لعموم الأدلة والحديث الصحيح المتفق عليه، وهو قوله ﷺ **«اجتنبوا السبع الموبقات. قيل- يارسول الله ما هي؟ قال - الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولى يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»**.

كما روى عن النبى ﷺ «أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه» وهذا الحديث متفق عليه أيضًا بين الرواة. وهذا النهى يشمل جميع الربا لا تفريق بين ربا وربا، لأن الجميع ربا سواء كان بنسيئة أو بزيادة من غير نسيئة.

وما حكى عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم، وابن الزبير أنهم قالوا (إنما الربا فى النسيئة فقط لقوله عليه السلام) **«لاربا إلا فى النسيئة»**[١] فإنه لا يكون دليلا لحل ربا الفضل، لأن المشهور عن ابن عباس أنه قد رجع عن قوله هذا إلى قول الجمهور من الصحابة، لحديث أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ قال **«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائبا بناجز»**.

وروى أبو سعيد أيضًا عنه «جاء بلال إلى النبى ﷺ بتمر برنى[٢] فقال له النبى ﷺ، من أين هذا يا بلال؟ قال: كان عندنا تمر ردىء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبى ﷺ، فقال النبى ﷺ **«أوه عين الربا عين الربا - لا تفعل، ولكن إن أردت أن تشترى فبع التمر ببيع آخر ثم اشتريه»**[٣].

وقال الترمذى على حديث أبى سعيد «العمل به عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم[٤]» وقول النبى ﷺ **«لا ربا إلا فى النسيئة»** محمول على الجنسين[٥] أى ربا الفضل وربا النسيئة.

---

(١) رواه البخارى.

(٢) هو نوع جيد من أنواع التمر.

(٣) الحديث الأول والثانى لأبى سعيد الخدرى متفق عليهما، مسلم النووى ١١/ ١٠.

(٤) أى بالعمل بما ورد فى الحديث وهو تحريم الربا مطلقا.

(٥) المغنى لابن قدامة ٤/ ٤.

الأشياء التى يثبت فى جنسها الربا:

اتفق جمهور أهل العلم على أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد فإنه يثبت فيه الربا ويدخل فى ذلك الذهب والفضة والبر والأرز والذرة، والعدس والفول، والسمن والدهن، والخل واللبن واللحم وما فى حكمها أوتفكها كالثمار مثل: التفاح والموز والجوز والتمر أو تداويا كالملح لأن الكل فى باب الربا واحد(١).

وقد ثبت الربا فيما سبق بأحاديث كثيرة وردت فى بعضها نصا وقيس الباقى عليها لوجود علة الحكم فيها ومن أتم هذه الأحاديث ماروى عن عبادة بن الصامت عن النبى ﷺ أنه قال «**الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد**»(٢) وهذه الأشياء المنصوص عليها يثبت فيها الربا بالنص والإجماع. ومالم ينص عليه وفيه علة الربا فى المنصوص عليه ففيه الربا أيضًا عند جمهور الفقهاء قياسًا، لأنه دليل شرعى من أدلة الأحكام الشرعية ولم يخالف فى ذلك إلا أهل الظاهر استناداً على ما ورد فى الحديث وما لم يرد فيه فهو باق على الإباحة الأصلية وليس فيه ربا.

والراجح هو قول الجمهور لأن قول الله سبحانه وتعالى ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ يقضى بتحريم كل زيادة، لأن الربا فى اللغة: الزيادة إلا ما أجمع علي أنه مستثنى من ذلك بدليل.

وقد اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجرى إلا فى الجنس الواحد كالأرز أو البر، فإذا اختلف الجنس كالأرز بالبر جاز التفاضل مع التقابض يداً بيد.

---

(١) المرجع السابق ص ٨ وما بعدها.

(٢) رواه مسلم وغيره وانظر نيل الأوطار ٥/٢١٨، ومسلم بشرح النووى ١١ / ١٢٠ وما بعدها.

ولا عبرة بما قاله سعيد بن جبير لأنه شذ عن الإجماع بقوله: إن كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة بالشعير والتمر بالزبيب، لأنهما يتقاربان نفعا فجريا مجرى نوعى الجنس الواحد، وشذوذه عن الإجماع قائم، لأنه خالف نص الحديث وهو قوله ﷺ **«بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم»** أى يداً بيد(١).

وأما منع النسيئة فى الأشياء التى يثبت فيها ربا الفضل فهو ثابت بأكثر من حديث عن النبى ﷺ أشهرها حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: وقال رسول الله ﷺ **«الذهب بالذهب ربًا إلاهاء وهاء، والبر بالبر ربًا إلاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء»**.

والحديث يدل على وجود الربا فى الجنس الواحد ولو كان متساويًا مع التأخير، فإذا تم التبادل فى المجلس انتفى التعامل بالربا فى تلك الحالة، لقوله ﷺ «إلا هاء وهاء» أى خذ وهات، ثم إن حديث عبادة بن الصامت الأول قد تضمن مع ما تضمن من منع التفاضل فى الصنف الواحد، منع النساء وهو التأخير فى الصنفين من الأشياء التى يثبت فى جنسها الربا وإباحة التفاضل إذا كان يداً بيد حيث ورد فى الحديث **«بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد»**(٢) ويستوى فى ذلك القليل والكثير.

وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه عند جمهور الفقهاء كالتبن والنوى وما فى حكمهما من علف البهائم وطعام الحيوان كالبرسيم والحشيش والماء والطين والتراب.

ومالا وزن للصناعة فيه أصلا كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والحرير فالمنصوص عن الإمام أحمد أنه لا يجرى فيها الربا وهو

---

(١) بداية المجتهد ١٢٩/٢ والمرجع السابق ص ٥.

(٢) بداية المجتهد ١٢٩/٢.

قول أكثر أهل العلم مـن الفقهاء حيث يجوز الثوب بالثـوبين والكساء بالكساءين[١] إذا كان يداً بيد، فـإن كان مع نسيئـة ففيه خـلاف فى الجواز وعدمه فعنـد الشافعى يجوز لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمر «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا - فنفدت الإبل. فأمـره أن يأخذ في قلاص[٢] الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقـة، كما روى أن عليًا بن أبى طالب رضى الله عنه باع بعيـراً له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل[٣].

وقال بعض آخر من الفقـهاء ومنهم الحنفية والزيدية[٤]: يحرم النساء فى كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان، والثيـاب بالثياب، كما روى ابن عمر وغيره **«أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحـيوان بالحـيوان نسـيئـة»**، وقال التـرمذى: حـديث حسن صحيح، ولأن الجنس أحد وصفى علة ربا الفضل، فحرم النساء كالكيل والوزن.

وقال بعض آخر من الفقـهاء وهى إحدى الروايات عند الحنابلة: أنه لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متـفاضلا، لما روى جابر أن النبى ﷺ قال «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسـاء ولا بأس به يدًا بيد» قال الترمذى: هـذا حديث حسن، ولما روى ابن عمـر «أن رجلا قـال: يارسول الله أرأيت الرجل يـبيع الفـرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: لا بأس إذا كان يدًا بيد»[٥].

والراجح من الأقـوال السـابقـة ما ذهب إليـه الأولون لقـوة أدلتـهم، ولأن الأحاديث التى تم الاعتـماد على الحكم بمقتضاها فـيما يخالف الأول كلها ضعـيفة كما قال صاحب المغنى[٦].

---

(١) المغنى ٤/ ٩ وما بعدها.
(٢) جمع قلوص وهى شابة من الإبل القوية على السير.
(٣) المغنى ٤/ ١٤.
(٤) البحر الزخار ٤/ ٣٨٩ ، والاختيار ٢/ ٤١.
(٥) انظر المغنى ٤/ ١٤ - ١٦ وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٠١.
(٦) مسند الإمام أحمد ، والمغنى ٤/ ١٤.

وجمهور العلماء على أنه لا يجوز بيع ما ثبت فيه الربا يابسه برطبه كالتمر بالرطب، أو الزبيب بالعنب، وهكذا لأن النص بالحرمة ثابت فى أحدهما. وخالف الإمام أبى حنيفة وقال: يجوز ذلك لأن لا يخلو إما أن يكون من جنسه فيجوز لحديث (التمر بالتمر مثلا بمثل) أو من غير جنسه فيجوز لحديث «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم».

ودليل الجمهور أقوى لحديث «لا تبيعوا التمر بالتمر» وفى لفظ «نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص فى العرية أن يباع بخرصها[1] يأكلها أهلا رطبا». والحديث متفق عليه. ولحديث أبى سعيد «أن النبى ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى عن ذلك»[2] كما روى مالك عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة وهى بيع الرطب بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا»[3].

وأما بيع الرطب بالرطب، والعنب بالعنب، ونحوه فهو جائز مع التماثل عند الجمهور من الفقهاء سواء كان يمكن جفافه كالبلح والعنب أو مما لا يمكن جفافه كالقثاء والخيار وما فى حكمهما.

أما الشافعى فقد اتفق مع الجمهور فيما يمكن جفافه، أما ما لا يصلح للجفاف كالرطب والعنب الذى لا يمكن تجفيفه، فإنه لا يجوز بيع البعض منه بمثله ولو مع التماثل[4].

---

(١) الخرص تقدير ما على النخلة من رطب يصير عندما يكون تمراً.

(٢) رواه مالك وأبو داود وابن ماجه.

(٣) المغنى ٤/ ٢٦ وما بعدها، والاختيار ٢/ ٤٣ ، والسراج على المنهاج ص ١٧٨ ونيل الأوطار ٥/ ٢٢٤ ، ٢٢٦ .

(٤) انظر السراج ص ١٧٨ ، والمغنى ٤/ ١٧ وبداية المجتهد ٢/ ١٣٥ وما بعدها ونيل الأوطار ٥/ ٢٢٣ وأخرج الشركانى عن ابن عمر عن النبى ﷺ: المكيال مكيال أهل المدينة ، والوزن وزن أهل مكة، وقال: رواه أبو داود والنسائى.

والمماثله تعتبر فى المكيل كيلاً وفى الموزون وزنًا، والمعتبر غالب عادة أهل الحجاز فى عهد رسول الله ﷺ وما جهل يراعى فيه عادة بلد البيع وهذا هو قول جمهور الفقهاء، أما مالك فقال: يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا بشرط أن تكون حالة.

واستدل الجمهور بقول النبى ﷺ «**الذهب بالذهب وزنا بوزن، والفضة بالفضة وزنا بوزن، والبر بالبر كيلا بكيل، والشعير بالشعير كيلا بكيلا**» وماعدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليها ومشبه بهما، ولأنه جنس يجرى فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل، ولأنه موزون من أموال الربا فأشبه الذهب والفضة.

وعلى قول الجمهور، لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا، ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لأن التماثل فى الكيل مشترط فى المكيل والوزن فى الموزون، لأنه إذا باع رطلا من المكيل برطل حصل فى الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان فى الكيل، وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوى ولا يصح البيع مع الجهل بالتساوى كالبيع جزافا.

وكذا يكون الحكم لو باع الموزون كيلا لعدم تحقيق التماثل فى الوزن وهو شرط فى صحة البيع(١).

بيع العرايا:

ومع اتفاق الجمهور من الفقهاء على أنه لا يجوز فى الجنس الواحد بيع الرطب باليابس فقد جوزوا فى بيع العرايا وهى بيع رطب بيابس واعتبروا ذلك ترخصيًا من القاعدة العامة بنص ورد فيه ويكون ذلك من باب تخصيص العام إذا ورد بشأنه دليل على الخصوص.

---

(١) المغنى ١٨/٤ ، ١٩.

والعرايا: جمع عرية وهى فى الأصل عطية ثمر النخل دون الرقبة حيث كانت العرب فى الجدب تتطوع بذلك على من لا ثمر له، كما يتطوع صاحب الشاة أو الإبل بلبنها للمحتاجين إليه من غير مقابل.

وهذا على تفسير أن العرايا هى «العطايا» أى الهدايا: قال مالك: العرية - أن يعرى الرجل النخلة. أى يهبها له أو يهب له ثمرها ثم يتأذى الموهوب له بالدخول على الواهب لأخذ ثمر النخلة الموهوبة له. فرخص الشارع الإسلامى منعًا للضرر فى أن يبيع الموهوب له ثمر النخلة إلى الواهب «المالك» بثمر يأخذه الموهوب له بدل ثمر النخلة ويقدر ثمر النخلة على أساس الجفاف كم يبلغ من التمر مقداراً ويعطى ما يساويه تمراً على هذا الأساس، ويكون ذلك بالطبع جزافا أى تخمينا ولذلك سمى «خرصا».

وقد روى عن مالك أيضًا - أن العرية النخلة للرجل فى حائط غيره فيكره صاحب النخل الكثير دخول الآخر عليه فيقول: أنا أعطيك بخرص نخلتك تمراً، فيرخص له فى ذلك . ولذا شرط مالك فى العرية أن تكون من أجل رفع الضرر عن المالك بدخول غيره إلى حائطه، أو لدفع الضرر عن الآخر لقيام صاحب النخل بما يحتاج إليه.

كما اشترط مالك أيضًا أن يكون التمر مؤجلا حتى يتم حصاد النخل[١].

وقال الإمام الشافعى أن العرايا - أن يشترى الرجل النخلة بخرصة فى التمر بشرط التقابض فى الحال وأن يكون فيما دون خمسة أوسق بتقدير الجفاف وثمر العنب كثمر النخل، وكذا ثمر غيره مما يمكن جفافه على قول صحيح فى مذهب الشافعية. وشرط التقابض أن يتم تسليم التمر كيلا والتخلية فى ثمر الشجر ولا يشترط أن يكون ذلك الشراء من الفقراء بل يصح من غيرهم ولو كانوا أغنياء[٢].

---

(١) نيل الأوطار ٥/٣٢٦ وما بعدها. والموطأ ص ٤٢٦ وما بعدها.

(٢) المنهاج والسراج ص ٢٠١ وما بعدها.

وجاء في نيل الأوطار - قال في الفتح - صور العرية كثيرة، منها - أن يقول الرجل لصاحب النخل - بعنى ثمر نخلات بأعيانها بخرصها من الثمر فيخرصها ويبيعها ويقبض منه الثمر ويسلم له النخلات بالتخلية فينتفع برطبها، ومنها أن يبيع الرجل ثمر حائطه بعد بدو صلاحه، ويستثنى منه نخلات معلومة يبقيها لنفسه أو لعياله ليخرص له المشترى ثمر هذه الشجيرات ويعطيه بدلا منه جنسه الجاف منها لتضرر البائع، والمشترى بكثرة الدخول من البائع. ومن الصور ما سبق بيانه أولا وهى الهبة، والتصدق.

فقد كان الرجل يهب للرجل فى ماله النخلة والنخلتين فيشق عليه أن يقوم عليها، فرخص له ببيعها بمثل خرصها. كما كانت ثمار النخل يتصدق بها على المساكين، فلا يستطيعون الانتظار حتى الجفاف فرخص لهم أن يبيعوها بما شاءوا من التمر.

ومن صور العرية أيضًا - أن يشترى الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطبًا بخرصها تمرًا.

وجميع هذه الصور صحيحة عند جمهور الفقهاء، أما أبو حنيفة فقد قصرها على الهبة ومنع البيع حكاه صاحب نيل الأوطار[1].

واستدل الجمهور بأحاديث كثيرة فى الترخيص ببيع العرايا منها - ما روى عن سهل بن أبى خثعمة قال - «نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالثمر، ورخص فى بيع العرايا أن يشترى بخرصها يأكلها أهلها وطبًا»[2] وفى لفظ - «عن بيع التمر بالتمر، وقال - ذلك الربا تلك المزابنة إلا أنه رخص فى بيع النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرًا يأكلونها رطبًا»[3].

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٧٧.

(٢) متفق عليه.

(٣) متفق عليه، البخارى ٢/ ٢٠ سنده عن ابن عمر.

ومنها: ما روى عن جابر رضى الله عنه قال، «سمعت رسول الله ﷺ يقول حين أذن لأهل العرايا أن يبيعوها بخرصها يقول: الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة[١].

ومنها: ما روى عن زيد بن ثابت «أن النبى ﷺ رخص فى بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلا»[٢] وفى لفظ متفق عليه - «رخص فى العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرًا يأكلونها رطبا» وفى لفظ آخر لأبى داود «رخص فى بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص فى غير ذلك».

ومنها: ما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة «أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو خمسة أوسق». والوسق وهو مفرد أوسق حمل بعير ويجمع وسق على وسق أيضًا كما يجمع على أوسق، فيقال: عنده وسق من تمر أى حمل بعير من تمر ويقال: أوسقت البعير ووسقته بمعنى حملته الوسق[٣].

والوسق ستون صاعا بصاع النبى ﷺ كما قال الأزهرى من علماء اللغة. والصاع خمسة أرطال وثلث، والوسق على هذا الحساب = ٢٢٠ رطلا[٤].

---

(١) رواه الإمام أحمد.

(٢) رواه البخارى وأحمد ، البخارى ٢/ ٢٠.

(٣) المصباح المنير مادة «وسق» ص ١٤٤ الطبعة الأولى، البخارى ٢/ ٢٠.

(٤) المرجع السابق.

المقصد السابع

الصـــــرف

تعريف الصرف في اللغة يطلق على عدة معانى منها:

(أ) التحويل.

(ب) والتخلية.

(جـ) والإنفاق.

(د) البيع[١].

أما عند الفقهاء - فالضرف هو بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، أو بيع أحدهما بالآخر.

ولذلك فلابد من توفر أركان عقد البيع التى سبق الكلام عنها فى عقد الصرف والشروط المطلوبة لصحة البيع على العموم ويزاد على ذلك من الشروط التساوى، والحلول، والتقابض فى مجلس العقد، إن كان من جنس واحد، كالذهب بالذهب والفضة بالفضة، سواء كانا مضروبين، كالجنيه المصرى، والجنيه الاسترلينى، والدينار الكويتى، والدينار العراقى، والدولار الأمريكى، والدولار الكندى، والريال اليمنى، والريال السعودى، ودرهم الإمارات، والفرنك الفرنسى، والفرنك السويسرى، والمارك الألمانى أو غير مضروبين كالذهب الخام سواء كان على هيئة سبيكة أو على هيئة حلى.

---

(١) تقول : صرفت الرجل عن وجهته بمعنى حولته عنها، وصرفت الأجير بمعنى خليت سبيله، وصرفت المال بمعنى أنفقته، وصرفت الذهب بالدراهم بمعنى بعته، ومنه كان الصارف وهو اسم الفاعل من صرف على وزن فعل والصيرفى، والصراف وهو على وزن فعال من صيغ المبالغة وذلك لكثرة تصريفه النقود وتحويلها، وانظر المصباح، مادة «صرف» ١٥٢ ، ١٥٤.

ولندرة الذهب والفضة وتسهيلا للتداول فقد طبعت عملات ورقية لتحل محل الأولى فى التعامل بين الناس فى الوقت الحالى، ولذا كانت الأولى هى الرصيد الأصلى وهى ما يطلق عليها الرصيد المالى لأى دولة من الدول.

ومعنى كونه مضروبا، أى مصنعًا على هيئة عملة معينة للتعامل بها فى أى بلد من العالم. وأما معنى كونه غير مضروب فهو ما يطلق على الخام منهما والذى لم يصنع أصلا بأن يكون ذلك على هيئة سبائك، أو مصنعًا على هيئة أوان وحلى مثلا.

ولا يصح بيع جنيه ذهبى بجنيه آخر ذهبى مع زيادة أحدهما فى الوزن، ولا مع التساوى فى الوزن إذا كان بزيادة قرش أو قرشين أو درهم مثلا فى جانب أحدهما، فإن كانا متساويين فى الوزن صح البيع ولو كان أحدهما أزيد من الآخر فى القيمة بالشروط السابقة وهى - الحلول والتساوى فى الوزن والقبض فى مجلس العقد.

وكذلك الحال فى بقية العملات المذكورة فلا يباع نوع منها بمثله إلا طبقًا لما سبق بيانه.

كما لا يصح بيع عملة ذهبية أو فضية بعملة أخرى إلا مع التساوى وتحقق الشروط السابقة، كما فى بيع الجنيه بالدولار، أو الدينار بالدولار، ومثل ذلك إلا مع التساوى فى الوزن والحلول والتقايض فى مجلس العقد.

كما لا يصح بيع أسورة ذهبية بأخرى إحداهما ثلاث أوقيات والأخرى خمس أو أربع أو اثنتان نقشهما وصياغتهما.

كما لا يصح بيع أسورة ذهبيه بجنيه ذهبى إلا إذا تساويا فى الوزن والحلول والقبض ولو تفاوتا في القيمة، فإن اتفقا فى القيمة واختلفا فى الوزن فلا يصح البيع، لحديث «الذهب بالذهب مثلا بمثل يدًا بيد».

فإذا بيع جنس بآخـر كالذهب بالفضة أو العكس صح البـيع مع التفاوت فى الوزن والقيـمة بشرط الحـلول والتقابض فى مـجلس العقـد، وعلى ذلك يجوز أن يشترى الجنيه الذهبى الذى قيمته مـائة وعشرون قرشًا من الفضة بمائة قرش فقط من الفضة أو بأقل من ذلك أو بأزيد، لحديث «فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد» أى مقابضة فى مجلس العقد.

والفلوس وهى المأخـوذة من معـادن أخرى غـير الذهب والفـضة، كـالنيكل والبرونز، والنحاس، والألمنيـوم. مثل القروش المصرية، والفلسات اليمنـية وغيرها من عملات البلاد الأخرى، فإنه لاربا فى التعامـل بها عند الجمهور من الفقهاء ولا يشترط فيهـا ما يشترط فى الذهب والفضة أو النقود المتخـذة منها فيجوز بيع الجنس منهمـا بعضه ببـعض ولو مع التفاضـل والتأخير فـى الدفع من طرف واحد أو من الطرفين معًا لأنها كعروض التجارة بل صرح المالكية بذلك حيث قالوا: إن الفلوس هى: ما اتخذت من النحاس ونحوه وهى كعروض التجارة.

وعلى ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة فإنه يصح بيع أربعين قطعة من العملة المصرية فئة قرشين بمائة قطعة من العملة المصرية فئة قرش واحد وإن اختلفت القيـمة أو الوزن، لأن ذلك من عروض التجـارة، ولأن لكل من المتعاقـدين فرضًا معينا ومـصلحة فى هذا التبادل، والنـص التشريعى لم يشملهـا لا نصًا ولا قياسًا، لأن الوزن ليس معتبرًا فى ذلك أصلا بل المعتبر هو العدد والقيمة، والعدد ليس علة على المعتمد فى بيع الربويات، كـما أن القيمة أيضًا باتفاق ليست علة، لأنهـا تتغير من زمن إلى زمن ومن مكان إلى مكان ومن غـرض إلى غرض، ولهـذا كانت هى العلة فى إباحة الربح والتفاوت فيه فى البيع من قوله تعالى **﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾** وقد بينا ما فيه علة الربا من الربويات[1].

---

(١) انظر فيما سبق ص ١٠٢ وما بعدها.

مع اتفاق الحنفيـة مع الجمهور فى جواز التعـامل بالفلوس مفاضلة أى بزيادة أحدهمـا عن الآخر ولو من جنسه، فقـد اختلفوا فى أنه لابد من شـرط قبض من عين مبيعا فى مجلس العـقد. وقالوا فى تعليل ذلك - أن الفلوس المأخوذة من غير الذهب والفضة إذا جـعلت ثمنًا فى المبيع، فإنها لا تتعين بالتعين كـالذهب والفضة لأن بهما قوام الأشياء لأن الذهب والفضة لا يتعينان بالتعيين، فلا يملك ما يبيع من الذهب بعينه ولا الفضة إلا بالقبض، لأنه قد يكون للمـشترى غرض بخصوصه فى هذا المبيع، فمثـلا: إذا باع شخص لآخر جنيها بخصوصـه بخمسين قطعة من ذات القرشين وقبل الطرفان وجب تسليم الجنيه فى المجلس قبل التفرق، ولا يجب تسليم الثمن وهو القروش بل يصح الـتأجيل فى دفعها بعـد التفرقة إلى أجل يحدد فـيما بينهمـا، وذلك لأن عدم تسليم الجنيـه فى المجلس يترتب عليـه احتمـال تبديله أو تغييره من الـبائع (صاحبه) بآخر ولو مثـله والحال أنه مبيع بخصوصـه، وللمشترى غرض فيه، فلو غير أو بدل كان البيع واقعا على غير معين وذلك لا يصح.

ولذلك لما قاس الحنفية بيع الفلوس بعـضها ببعض على بيع الفلوس بالذهب والفضة لنفس العلة - قالوا - لا يشترط التقابض من الجانبين فى المجلس بل يكفى قبض أحدهما فقط وهو المعين مبيعـا مثل: ما إذا اشترى شخص من آخر قطعة من النقود فئة «قرش واحد» بقطعة فئة (نصف قرش) فإذا قبض القرش فى المجلس صح البيع ولو تأخر دفع النصف، وإن افـترقا قبل أن يقبض أحدهما فـسد البيع. ومثل ذلك: بيع قطعة من العملة فئة (٢٥) فلسا بخمسين فلسا وهكذا يقاس على ذلك.

ونحن نرى أن وجـهة نظر الجـمهـور هى الأولى من حـيث رعاية المصلحـة وتسهيل التـعامل بين الناس ما دام ذلك قد اتفق على أنه يدخل فى عـرض التجارة من حيث البـيع والشراء، اللهم إلا إذا كانت النقود أو الفلـوس لها قيمة مـعينة أو غرض معين كـقطع النقود الأثرية أو غير المتداولة حـيث يكون العمل بما ذهب إليه الحنفيـة هو الواجب والأولى رعاية لمصلحـة المتعاقـدين ولأن التعيين فى المبـيع أمر واجب كما قال جميع الفقهاء.

المبحث الثانى

عقد السلم

المقصد الأول

تعريفه - حكمه - دليله

تعريفه:

السلم فى اللغة: مثل السلف وزنا ومعنى. يقال - أسلم وسلف بمعنى واحد فى الجميع وهويشمل بيع السلم، كما يشمل السلف وهو القرض[١].

وأما السلم عند الفقهاء فهو - تسليم شخص لآخر عوضا ما حاضراً في عوض موصوف فى الذمة إلى أجل بشروط مخصوصة.

وهذا التعريف الفقهى لا يخرج عن المعنى اللغوى الذى ذكره أهل اللغة، وإن خصصه الفقهاء بهذا النوع من البيع[٢]، ولهذا ينعقد عقد السلم بلفظ السلم أو بلفظ السلف إجماعا، وفى انعقاده بلفظ البيع خلاف، والأصح عند الحنفية والزيدية ومن وافقهم صحة الانعقاد[٣]، والسلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق.

والفقهاء يريدون من السلم بيع آجل بعاجل، فالأجل المبيع وهو المسلم فيه، وصاحبه هو المسلم إليه، والعاجل هو الثمن وهو رأس مال السلم وصاحبه هو

---

(١) انظر المصباح المنير مادة «سلم» ، والمغنى لابن قدامة ٤/٣٠٤، والفقه على المذاهب الأربعة.

(٢) المغنى ٤/ ٣٠٤ وأحكام المعاملات - الخفيف ص ٢٨٠، والمنهاج مع السراج ص ٢٠٥، والبحر الزخار ٤/ ٣٩٧، والمختصر للإمامية ص ١٣٣، وفتح القدير ٧/ ٦٩.

(٣) فتح القدير ٧/ ٦٩.

المسلم وهو كذلك رب السلم، وبتمام عقد السلم يتملك المسلم إليه الثمن فى الحال ويثبت المسلم فيه فى ذمة المسلم إليه دينا للسلم يتملكه عند تسليمه إليه حسب الاتفاق بين الطرفين بالنسبة لميعاد التسليم ومكانه.

حكم العقد:

والعقد على السلم جائز بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، أما الكتاب: فقول الله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾**[1].

ووجه الاستدلال على الجواز من هذه الآية هو ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه فى تفسيرها بما يدل على الجواز، فقد روى سعيد بن المسيب بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه، وأذن فيه ثم قرأ **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾** ولأن لفظ الدين فى الآية إلى أجل مسمى يصلح للسلم ويشمله بعمومه»[2].

وأما السنة:

فهو ما روى ابن عباس عن النبى ﷺ «أنهم قدموا المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنتين والثلاث فقال النبى ﷺ : **«من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»**[3].

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٢) المغنى ٤/ ٣٠.

(٣) الحديث متفق عليه عند أصحاب الحديث، وقال الشوكانى: رواه الجماعة وانظر نيل الأوطار ٥/ ٢٥٥ وصحيح البخارى ٢/ ٣٠.

وقد روى البخارى عن محمد بن أبى المجالد قال «أرسلنى أبو بردة وعبد الله ابن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى، فسألتهما عن السلف فقالا «كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من الشام، فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ فقال: ما كنا نسألهم عن ذلك»[1].

وأما الإجماع:

على جواز السلم فقد أخذ مما قاله ابن المنذر حيث قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز.

وأما العقل:

فلأن المثمن فى المبيع هو أحد عوضى العقد فجار أن يثبت فى الذمة كالثمن، ولأن بالناس حاجة إلى هذا العقد أحيانًا، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل. وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم، أى لينتفع طرفى العقد جميعًا كل حسب حاجته وقصده.

محل العقد:

ومحل عقد السلم هو عوضيه وهو الثمن والمسلم فيه وإن كان المسلم فيه هو المقصود بالعقد. وقد أجمع الفقهاء على جواز السلم فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور الصحيح وفيه - من أسلف فليسلف فى ثمن معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.

---

(١) رواه الخمسة إلا الترمذى، وانظر نيل الأوطار ٥/٢٥٦، المغنى ٤/٣٠٤، والأنباط: جمع نبط وهو جمع من الناس كانوا ينزلون سواد العراق ثم استعمل فى أخلاط الناس، وعوامهم، وانظر المصباح مادة «نبط»، وصحيح البخارى ٢/ ٣٠.

كمـا اتفق الفقـهاء على امـتناع السلم فيـما لا يثبت فى الـذمة، وهى الدور والعقارات وأما غير ذلك مما يدخل فى عروض التجارة والحـيوان، فقد اختلفوا فيها من حيث العقـد عليها سلما. فمنع ذلك من أهل الظاهر داود وطائفـة معه استناداً إلى ظاهر حديث ابن عباس السابق.

وجمـهور الفـقهـاء على أن السلم جـائز فى العروض التى تنضـبط بالصـفة والعدد[1].

---

(١) راجع ص ٩٨ وما بعدها.

المقصد الثانى

شروط السلم

شروط صحة العقد:

لما كان السلم نوعًا من البيع بل هو بيع فى المعنى والحقيقة فقد اشترط لصحة عقده جميع الشروط التى تشترط فى عقد البيع بالنسبة لطرفي العقد والمعقود عليه، إلا ما كان خاصا بوجود المعقود عليه حيث جوز ذلك استثناء لحاجة الناس ورخص في العقد على المعدوم وقت العقد وهو ما أطلق عليه السلم أو السلف، ولهذا اشترطت عدة شروط خاصة بهذا العقد زيادة على شروط البيع العامة حتى لا يخرج هذا العقد عن حدود المصلحة العامة الشرعية التى رخص من أجلها وحتى لا يوقع فى الغرر والغبن الشديد الذى من أجله كان منع العقد فى البيع على المعدوم.

وشروط السلم الخاصة به منها ما هو مجموع عليه من الفقهاء ومنها ما حصل الخلاف فيه. فأما المجمع عليه منها فهو:

أولا: أن يكون الثمن والمثمن (المسلم فيه) مما يجوز فيهما النساء (التأخير) ولهذا امتنع السلم عند الجميع فيما لا يجوز فيه النساء حتى لا يؤدى العقد إلى ربا النسيئة، وما لا يجوز فيه للنساء اختلف بيانه حسب تفسير الفقهاء فعند مالك يفسر باتفاق المنافع، وعند الحنفية - باتفاق الجنس، وعند الشافعى - اعتبار الطعم مع الجنس. وعلى كل فقد سبق بيان ذلك وتفصيله عند الكلام عن بيع الربويات والصرف.

ثانيًا: أن يكونا مقدرين إما بالكيل أو الوزن أو العدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة.

ثالثًا: أن يكون السلم فيه موجودًا من وقت العقد حتى وقت التسليم.

رابعًا : أن يكون الثمن حالا أو مؤجلا أجلا غير بعيد، وذلك لئلا يكون هذا العقد من باب بيع الكالىء بالكالىء، وبيع الكالىء بالكالىء هو بيع النسيئة بالنسيئة المنهى عنه وصورة ذلك أن يسلم الرجل النقود فى طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل يقول الذى عليه الطعام: ليس عندى طعام ولكن يعنى إياه إلى أجل فهذه نسيئة انقلبت إلى نسيئة[١].

وبالنسبة للتأخير القليل فى نقد ثمن المسلم فيه، فقد أجازه مالك فى حدود اليومين والثلاثة، شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط. وذهب الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعى إلى وجوب دفع الثمن فى عقد السلم فى جنس العقد كما عقد الصرف تمامًا، فلو لم يدفع الثمن أو تأخر الدفع بطل العقد، لأنه يكون من باب بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز لأنه يكون بيع كالىء بكالىء وقد نهى عن بيع الكالىء بالكالىء[٢].

وأما الشروط المختلف عليها فى عقد السلم فهى:

الأجل وعدم وجود المسلم فيه حال العقد، ومكان التسليم، وتحديد ثمن المسلم فيه أو تقديره.

الأجـل:

اختلف الفقهاء حول الأجل هل هو شرط لازم فيه أو غير لازم؟ فعند الإمام أبى حنيفة هو شرط لازم لأنه عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك[٢]، وأما مالك فالظاهر من مذهبه، والمشهور عنه أن الأجل من شروط السلم. إلا أن الإمام ابن رشد ذكر بأنه يخرج من بعض الروايات المروية عن الإمام مالك أنه يجوز السلم الحال، أى تبادل العوضين فى الحال وهو الثمن والمسلم فيه من غير تأخير بلفظ السلم[٣].

---

(١) انظر المصباح المنير مادة «كلاء» وبداية المجتهد ٢/ ٢٠٢ والمغنى ٤/ ٣٢٨.

(٢) فتح القدير ٧/ ٧٩ وما بعدها.

(٣) بداية المجتهد ١/ ٢٠٢.

وقد فصل اللخمى هذا الأمر بالنسبة لمذهب مالك فقال - إن السلم فى المذهب يكون على ضربين - سلم حال: وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة فى الحال وسلم مؤجل: وهو الذى يكون مثمن ليس من شأنه بيع تلك السلعة[١].

وبهذا يبين لنا أن الأجل شرط لازم فى عقد السلم بمفهومة ومضمونه الحقيقى حسب التعريف الفقهى المصطلح عليه عند جمهور الفقهاء ويكون مالك قد اتفق مع الإمام أبى حنيفة فى ذلك، وأما هذه الرواية المخرجة بجوار السلم الحال، فإن المراد بها البيع الحال وهو المعنى العام للسلم، لأن السلم فى الحقيقة بيع ولكنه بيع خاص بشروط مخصوصة لكونه بيعا خرج عن القاعدة العامة حيث لم تشترط فيه الشروط التى اشترطت فى البيع العادى لكون السلم عقد على معدوم فى أحد عوضيه وهو المسلم فيه ومعروف بما سبق أن بيع المعدوم غير جائز فى الإسلام وأن العقد عليه باطل عند جمهور الفقهاء.

وأما عند الشافعية فالأجل شرط لازم كما عند الحنفية والمعتمد فى مذهب المالكية، لأن شرط المسلم فيه عند الشافعية أن يكون دينا فلو كان عينا لم يعتبر دينا والشرط فيه أن يكون دينا فى الذمة، ولهذا عند الشافعية لو قال شخص لآخر: أسلمت إليك هذا المال فى هذا الثوب لم ينعقد سلما بلا خلاف فى المذهب، ولا ينعقد بيعا فى الأظهر لاختلال اللفظ فى الصيغة حيث إن صيغة العقد على سلم لم يتحقق وليست الصيغة بيع.

والقول الآخر فى المذهب الشافعى ينقلب العقد بيعا حالا نظرًا إلى المعنى من الصيغة لأن السلم بيع فى المعنى، وهذا القول صحيح ومعتمد فى المذهب الشافعى[٢].

وعلى هذا يكون النقل عن الشافعى فى بداية المجتهد من أنه أجاز السلم بأجل حال غير واضح المعنى[٣].

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٠٣.

(٢) مغنى المحتاج ٢/١٠٤.

(٣) بداية المجتهد ٣/٢٠٣، والمغنى لابن قدامة ٤/ ٢٢١.

ولعل هذا اللبس فد جاء مما ورد فى كتب الشافعية من أن السلم ينعقد بجميع ألفاظ البيع أو بلفظ السلم، ولكن الواضح أنهم مع تجويزهم عقد السلم بأى صيغة فقد اشترطوا أن يكون السلم فيه دينا فى الذمة وهذا يقتضى الأجل لصحة العقد[١].

ويشترط الأجل أيضًا فى مذهب الزيدية لأن الأجل عندهم من شروط السلم[٢]، وكذا يشترط الأجل عند الحنابلة فى عقد السلم[٣].

وبهذا يظهر أن قول جمهور الفقهاء هو اشتراط الأجل فى عقد السلم.

أما ما روى عن أبى ثور وابن المنذر من أن السلم يجوز حالا، لأنه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيوع الأعيان، ولأنه إذا جاز مؤجلا فحالا أجوز، لأنه من الغرر أبعد، فهو غير قوى لعدم استنادهما إلى نص فى ذلك، ولأن الدليل العقلى قد صادم نصا وهو قول النبى ﷺ **«من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم، أو وزن معلوم. إلى أجل معلوم»**.

فقد جاء ذكر الأجل فى الحديث مأمورًا به، والأمر فى أصله يقتضى الوجوب ما لم يكن صارف عنه ولم يوجد صارف قوى، كما أن النبى ﷺ عندما أمر بهذه الأمور التى جاءت فى الحديث فقد أمر بها تبيانا لشروط السلم الصحيح الذى يجوز ويصح العقد معه وهذا يدل على عدم صحته وجوازه عند انعدام هذه الشروط أو أحدها، كما أنه لما لم يصح العقد عند انتفاء التعيين الكيل أو الوزن أو العد بلا خلاف، فيكون الأمر كذلك بالنسبة للأجل لأنه قد نص عليه وشمله الأمر كما شمل الكيل والوزن[٤].

---

(١) انظر التنبيه لأبى إسحاق الشيرازى ص ٦٠، والمنهاج مع السراج ص ٢٠٥.

(٢) البحر الزخار ٤/٣٩٧.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/ ٢٢١.

(٤) المرجع السابق.

ثم إن السلم إنما جاز رخصة المرفق، ولا يحصل للرفق إلا بالأجل فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، وكذلك أيضًا - فإن الحلول فى السلم يخرجه عن اسمه ومعناه.

أما الاسم فلأنه يسمى سلما وسلفا لتعجل أحد العضوين وتأخر الآخر، وأما المعنى فهو أن الشارع قد رخص فيه للحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالا لا حاجة إلى السلم، فلا يثبت فى الذمة[١].

شروط الأجل:

ويشترط لصحة الأجل - أن يكون معلوما، لقوله تعالى **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾**[٢].

ولقول النبى ﷺ **«من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم»**[٣].

وليس هناك خلاف بين أحد من الفقهاء المسلمين فى تعيين الأجل، فإن كان التعيين بزمان محدد بعينه من الأيام أو الشهور أو السنين كيوم كذا من شهر كذا من سنة كذا فلا خلاف أيضًا فى صحة الأجل.

وأما إن كان الأجل غير محدد على وجه الدقة بل كان التحديد على وجه التقريب كموسم الحصاد وما فى حكمه، فإنه لا يصح الأجل عند ابن عباس وأبى حنيفة والشافعى وابن المنذر والإمام أحمد بن حنبل فى رواية عنه. وذلك لأن الأجل إذا لم يكن محددًا حصل التنازع حول ميعاد التسليم وربما تأخر أو تقدم من غير ضابط بل ربما لم يحل هذا الأجل لأى سبب فيؤدى ذلك إلى الغرر والغبن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢

(٣) هذا الحديث رواه ابن عباس وهو حديث صحيح عند علماء الحديث فقد رواه الجماعة ومنهم البخارى ومسلم وانظر نيل الأوطار ٤/ ٢٥٥ وصحيح البخارى ٢/ ٣٠.

الشديد فوق الغبن الذى جوز أساسا للضـرورة وهو العقد على معدوم جائز الوجود حقيقة أو حكما.

وقـد روى عن ابن عـبـاس رضى الله عنه أنه قـال **«لا تبيـعوا إلى الحـصاد والدياس ولا تبايعوا إلا إلى شهر معلوم»**[١].

وقال مـالك وأبو ثور، والرواية الأخرى عن الإمـام أحمد، وابن عـمر، أنه يجوز الأجل التقريبى إذا كان واقعا على مـعلوم كموسم الحصاد وذلك استدلالا بما روى عن ابن عمر - أنه كان يبتاع إلى العطاء، ولأن الأجل متعلق بوقت من الزمن يعرف فى العادة لا تفاوت فيه تفاوتا كثيراً فأشبه ما إذا قال: أسلمت إليك هذا المال فى كذا إلى رأس السنة .

ولكن الراجح هو الرأى الأول منعا لزيادة الغرر، ولأن العطاء الذى روى عن ابن عـمر فـالمراد به وقت العطاء وهو زمن الدفع لا العطاء نفـسه، لأنه مـجهـول يختلف ويتقدم ويتأخر فأشبه ذلك ما إذا قال: أسلمت إليه هذا المال فى ثوب صفته كذا إلى قـدوم والدى من السفر، وهذا غـرر كبيـر لا خلاف فى أنه لا يجوز مـعه الأجل[٢].

وإذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله إلى آخره وإن جعل بما يشمل اثنين فى اسم واحد تعلق بأولهـا كجمادى وربـيع، وذلك لأن جمادى اثنين هما - جـمادى الأول وجمادى الثانية، وكذلك يوجد ربيع الأول وربيع الثانى.

وإذا أطلقت مدة الأجل بالأشهر من غير تعيين شهر بعينه كشهر أو شهرين أو ثلاثة مثلاً حـمل ذلك على الأشهر القمرية ويـكون ابتداء مدة الأجل من حين تمام العقد وذلك بدليل قوله تعالى: **﴿إن عدة الشهور عند الله اثنا عشـر شهراً فى كتاب**

---

(١) المغنى ٤/ ٢٢١ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق وبداية المجتهد ٢/ ٢٠٣ ، ٢٠٤.

الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم﴾[١]، والمراد بالشهور فى الآية هى الشهور العربية (الهلالية) كما ذكر علماء التفسير[٢].

عرض تسليم المسلم فيه قبل حلول الأجل أو بعده هل يلزم؟

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إذا أسلم رجل لآخر دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل أو قبله أو بعده فإنه يلزم أخذها، لأن السلم هنا عقد سلف أى قرض وهو دين على المستقرض إلى المقرض يجب رده إليه عند الأجل أو الميسرة بدون زيادة أو نقصان لتبرأ ذمته المشغولة بالدين منه، وإنما اشترطنا فيه ذلك حتى لا يكون وسيلة إلى ربا النسيئة المقطوع بحرمته. وربا النسيئة لا يجوز فيه تأخير أحد البدلين إذا كانا من جنس الربا. ولكن أجيز لضرورة التأخير إذا كان سلفا أى قرضا من غير زيادة ولا نقصان.

السلم الذى فى معنى البيع يختلف عن السلم الذى بمعنى السلف والقرض فى أن الأول لا يشترط فيه التماثل بين ثمن السلم والمسلم فيه، لأن ذلك لا يشترط فى البيع أما الثانى فإنه يشترط لأنه قرض لا بيع.

ومع إجماع الفقهاء على ذلك فإنهم اختلفوا فى عروض التجارة المؤجلة من السلم وغيره على الآتى:

الجمهور من الفقهاء على أنه إن أتى المسلم إليه بالسلعة المسلم فيها قبل حلول الأجل وكذا بعد الحلول عند المالكية، فإنه لا يلزم المسلم تسلم المسلم فيه بل له رفضه والمطالبة بدينه وتعويض الضرر الذى أصابه من جراء عدم تسليم السلعة فى ميعادها وسواء كان ذلك مما يتغير ويحتاج إلى نظر ومؤونة ومتعة، أم كان مما لا يحتاج إلى ذلك.

---

(١) سورة التوبة الآية ٣٦.

(٢) المغنى ٤/ ٣٢٣.

فمن الأول الخضر والفواكه والحبوب وما فى مثلها، ومن الثانى: النحاس والحديد والطوب وما فى مثل ذلك، وحجة الجمهور فى أنه لا يلزم قبض العرض قبل محل الأجل أن المسلم فيه قبل حلول الأجل هو فى ضمان المسلم إليه إلى الوقت المضروب معه الأجل وهو وقت التسليم، لأنه قد يكون للمسلم غرضا فى ذلك الأجل وله مصلحة أكيدة فى تسلمه فى الوقت المحدد لا قبله ولا بعده، لأنه ليس فى حاجة إليه قبله، ولأن التسليم فى العادة يحتاج إلى مؤنة ومشقة، وهو ليس فى حاجة إليها ليتكلف تلك المؤنة فلذلك روعى غرضه، وقيس ما بعد الأجل على ما قبله.

وقال الإمام الشافعى: إن كان المسلم فيه مما لا يتغير ولا يحتاج إلى حراسة ومؤنة ومشقة لزم أخذه قبل الأجل أو بعده، وذلك كالحديد والنحاس وما فى حكمهما.

وإن كان مما يقصد به النظارة أى الحراسة والمؤنة، كالفواكه والخضروات وما فى حكمها لم يلزمه ذلك. وذلك لأن ما لا يتغير ولا يحتاج إلى مؤنة هو فى حكم الدراهم والدنانير التى قال جميع الفقهاء بأنه يلزم أخذها قبل الأجل أو بعده أما ما يتغير فهو ليس كالدراهم والدنانير.

وقد رد جمهور الفقهاء على ذلك بأنه حتى فيما لا يتغير فإنه فى ضمان المسلم إليه حتى التسليم. ولأنه يحتاج إلى مؤنة فى العادة بخلاف الدراهم والدنانير، إذ لا مؤنة فيها[1].

وجود المسلم فيه حال العقد:

وأما وجود المسلم فيه أو جنسه حال العقد فقد اختلف الفقهاء هل ذلك شرط فى صحة السلم أم ليس بشرط؟

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢/٢٠٧.

قال مـالك، والشافـعى والإمام أحمـد بن حنبل، وإسحـاق وأبو ثور: ليس بشرط حيث يجوز العقد على المسلم فيه ولو كان معدوما وقت العقد، ومثال ذلك: مـا لو عقـد مع آخر عـلى أن يسلمه تمرًا أو قـمـحًا، ولم يكن ذلك موجـودًا فى الأسواق ولا زرع القمح بعد بل مـا زال الوقت فى زمن البذر، وكذا إن كان البلح لم يظهر من طلعه بعد.

واستدل هذا الفـريق بجواز العقد على معـدوم فى السلم بما ورد فى حديث ابن عباس رضى الله عنه «إن الناس كانوا يسلمون فى التـمر السنتين والثلاث فأقروا على ذلك ولم ينهوا»(١).

وقال الإمام أبو حنيفة وأصحابه والنووى والأوزاعى - لا يجوز السلم إلا فى إبان الشىء المسلم فيه، ومعنى ذلك أن يكون موجودًا بالفعل وقت العقد سواء كان ذلك فى الأسواق أو فى ملك البائع ولكنه فى مكان آخر بعـيدًا عن محل العقد لم يره المتعاقدان وقت العقد أو أحدهما، كما اشترط هذا الفريق أن يستمر وجود جنس المسلم فيه حتى التسليم.

وقد استـدل الحنفية ومن وافقهم بما روى من حـديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال «لا تسلموا فى النخلة حتى يبدو صلاحها».

وكأن الحنـفية ومن وافـقهم رأوا أن الغـرر يكون فى السلم أكثـر إذا لم يكن موجودًا فى حال العقد، وذلك لأنـه فى هذه الحالة يشبه بيع المعدوم الذى لم يخلق أصلا وهذا لا خلاف على أنه لا يجوز العقد عليه(٢).

وقال الجمهور فيما استـدل به الحنفية ومن وافقهم: بأن الحديث الذى احتجوا به إنما هو فى بيع ونحن نتكلم عن بيع ما فى الذمـة وهذا جائز، بدليل حديث ابن عبـاس رضى الله عنهما المتفق علـيه، ثم إن الجمع بين الأحاديث أولى من إعـمال

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٠٤ ، ومغنى المحتاج ٢/ ١٠٦.
(٢) الاختيار ٢/ ٥٠ ، المغنى ٤/ ٣٢٦.

البعض وترك الآخر من غير بينة أو حجة قوية تدل على الترك والذى يمكن أن يقال فى هذا الخصوص هو أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله ولا خلاف فى ذلك عند الفقهاء على ما ذكره صاحب المغنى. وهذا يتحقق بكون جنس الشيء موجوداً بالفعل ومستمراً إلى وقت التسليم وحلول الأجل ، أو بكونه متحقق الوجود بالقوة، فهو كما يتحقق بالفعل، يتحقق بإمكان وجوده وتسليمه فى ميعاد التسليم فى الغالب حتى ولو لم يكن موجوداً وقت العقد كما فى الزروع والثمار والأشياء التى فى حكمها والتى يغلب ويستمر وجودها دائمًا وقتًا بعد وقت.

أما المعدوم أصلا والذى لا يعلم هو سيوجد أم لا؟ فهو لا يجوز العقد عليه سلما لإمكان عدم وجوده لكونه زيادة فى الغرر المجوز فى قليله شرعًا للحاجة والضرورة. ولهذا لم يجز بيع الآبق أو الطير فى الهواء وإن كان مرئيًا لزيادة الغرر وهو احتمال عدم القدرة على تسلمه[١].

ثم إنه يمكن التغلب بالخيار على الغرر البسيط المحتمل وهو تعذر تسليم المسلم فيه عند حلول الوفاء لأى سبب من الأسباب سواء كان ذلك راجعا لغيبة المسلم إليه أو عجزه عن التسليم أو عدم وجود المسلم فيه، وذلك كما فى حالة عدم حمل الثمار المسلم له فى جنسها تلك السنة المتفق على التسليم فيها، وذلك لأن المسلم عند عدم القدرة أو العجز عن التسليم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد المسلم فيه فيطالب به المسلم إليه، وبين أن يفسخ العقد يرجع بالثمن إن كان موجوداً بعينه فى يد المسلم إليه، أو بمثله إن كان مثليا، وإلا فبقيمته إذا لم يمكن تسليم الأصل ولا مثله، وهذا فى حالة ما إذا تعذر التسليم فى كل المسلم فيه.

فإن تعذر التسليم فى البعض فقط فللمشترى الخيار أيضًا بين الفسخ فى الكل والرجوع بالثمن على المسلم إليه، وبين أن يصير إلى حين الإمكان ويطالب بحقه[٢].

---

(١) المغنى ٤/ ٣٢٥ ، ومغنى المحتاج ٢/ ١٠٦.

(٢) المغنى ٤/ ٣٢٦ ، ٣٢٧ وبداية المجتهد ٢/ ٢٠٥ ومغنى المحتاج ٢/ ١٠٦.

مكان التسليم:

وأما بالنسبة لمكان التسليم أى مكان قبض المسلم فيه، فإن الإمام أبا حنيفة قد اشترطه لصحة عقد السلم تشبيها بالزمان كالأجل حيث إنه شرط صحة عنده.

أما جمهور الفقهاء فهو ليس بشرط عندهم فى صحة عقد السلم، وإن كان الأولى والأفضل فى نظرهم هو اشتراطه منعا للخلاف بين المتعاقدين على مكان التسليم، وذلك لأن العرف فى الغالب هو الذى يحدد مكان التسليم وإن كانت العادة تقرر أن مكان العقد هو مكان التسليم ما لم يكن نص فى العقد أو عرف يقضى بخلاف ذلك[١].

تحديد الثمن وتقديره:

وبالنسبة لتحديد ثمن المسلم فيه أو تقديره فقد اشترطه الإمام أبو حنيفة ولم يشترطه جمهور الفقهاء وفيهم أبو يوسف ومحمد.

وعلى قول الإمام أبى حنيفة لا يكون المسلم صحيحا إلا إذا حدد الثمن وقدر كيلا أو وزنا أو عدا؛ فإن كان الثمن جزافا لا يصح السلم وإن كان الغرر بسيطا تدفع صبرة من القمح (البر) غير معروفة الكيل أو الوزن بالتحديد ثمنا للمسلم فيه.

أما عند الجمهور فيصح الثمن الجزاف ما دام معينا وذلك لاشتراط دفع ثمن السلم مقدما وهذا يقضى التعيين وبيع التعيين يقل فيه الغرر[٢].

فإن كان الغرر كبيرًا فى الجزاف منع بيعه عند الإمام مالك رضى الله عنه، وبالتالى لا يكون ثمنا صحيحا للمسلم فيه، وإن كان الإمام مالك يتفق مع الجمهور طبقا لقواعد مذهبه فى أنه يجوز بيع الجزاف، ولم يشترط الجمهور ما اشترطه الإمام مالك[٣].

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢/ ٢٠٤.

(٢) المرجع السابق ومغنى المحتاج ٢/ ١٠٤ ، والاختيار ٢/ ٤٧.

(٣) المراجع السابقة.

وأما بالنسبة للمسلم فيه نفسه فإنه لا خلاف بين الفقهاء فى اشتراط تقديره لأنه فى الذمة وهو دين فلابد من ضبطه ليمكن الوفاء به، ولأن الغرر فيه أصلا حيث إنه عقد على غير معين أو معدوم وقت العقد عَلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فلا يزاد غرر على غرر، لأن الغرر العظيم غير جائز العقد عليه شرعا لأنه يؤدى إلى ضرر ولا ضرار فى الإسلام.

وتقدير المسلم فيه يكون بالوزن فيما يمكن وزنه، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل، فإن لم يمكن التقدير بأخذ مما سبق من التقديرات انضبط المسلم فيه بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة، أو مع تركه إن كان نوعا واحداً[1].

---

(١) المراجع السابقة.

المقصد الثالث

اختلاف المتعاقدين فى السلم

والمتبايعان فى السلم إما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المسلم فيه، وإما أن يختلفا فى جنسهما أو فى الأجل، وإما أن يختلفا فى مكان القبض.

الاختلاف فى القدر:

فأما اختلافهم فى قدر المسلم فيه، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه المتفق عليه، وهو المسلم فيه، وأما قدر الثمن فالقول فيه هو قول المسلم إن أتى بما يشبه المتفق عليه ثمنًا، وإلا فالقول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه الثمن، فإن كلا منهما بما يشبه القدر المسلم فيه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا.

الاختلاف فى الجنس:

وأما اختلافهم فى جنس المسلم فيه، فالحكم فى ذلك هو التحالف والتفاسخ. ومثال ذلك: ما إذا قال أحدهما - أسلمت إليك فى تمر. وقال الآخر: بل أسلمت إليك فى قمح فيحلف كل منهما على صدق دعواه، فإذا حلفا معًا تعارضا فتساقطا أى تعارضت دعوى كل منهما مع دعوى الآخر لوجود اليمين التى على صدقهما.

ولما كانت الدعوى من حيث الظاهر على صدق لوجود اليمين فى كل ولم يوجد ما يرجح إحداهما على الأخرى توقفنا عن الحكم بصحة أحد الدعويين وبطلان الأخرى.

ولهذا قلنا أنهما تعارضا فتساقطا أى تسقط دعوى كل طرف من الأصل بما ادعاه وتعود إلى الأصل قبل العقد والأصل هو الرجوع إلى الحالة قبل العقد وهو.

عدم الالتـزام بالعقـد، ولا يلتزم المسلم إلـيه إلا بالثمـن الذى أخذه بعيـنه إن كان موجودًا وبمثلـه إن فقده إن كان مثليًا أو مـقدرًا، فإن كان عـرضا قوم بقيـمته وقت العقد.

الاختلاف فى الأجل:

وأما اخـتلاف المتعـاقدين فى الأجل - فإن كـان في حلوله فالقـول هو قول المسلم إليه. وإن كان فى قدره فالقول أيضًا قـول المسلم إليه إلا أن يأتى بما يشبهه ، مثـل أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فـيه، ويدعى المسلم إليـه غيـر ذلك الوقت حيث يكون القول قول المسلم، لأن الأصل أنه دفع الثـمن فى السلعة لوقت محدد والأصل أنه هو الدائن والمسلم إليـه هو المدين والأصل أن الدين ووقـته يعـرف من قبله ما لم يكن هناك معارض بدليل والأصل أنه لا دليل على ذلك الأجل، فيؤخذ بقول صاحب الدين.

الاختلاف فى مكان التسليم:

وأما اخـتلاف المتـعاقـدين فى السلم فى مـوضع القبض أى مكان التـسليم، فالمشهور - أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه.

وقد خالف سـحنون من المالكية فى الوجه الأول - وهو ادعاء مـوضع العقد حيث قال: القول قول المسلم إليه مطلقًا وإن ادعى القبض فى موضع العقد.

كما خـالف بعض المالكية فى الوجه الثانى أيضًا وهـو عدم ادعاء الموضع من الطرفين حيث قال: إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا[١].

---

(١) بداية المجتهد ٢٠٨/٢.

الاختلاف فى الثمن:

وأما اختلاف المتعـاقدين فى الثمن نفسه فحكمه حكم اختـلاف المتبايعين قبل القبض وهو التحالف والتفاسخ. كما قال الجمهور، وذلك لحديث ابن مسعود الذى رواه مالك، أن رسول الله ﷺ قـال «أيما بيعين تبايعا فالقول قـول البائع أو يترادان» فمن حـمل هذا الحديث على وجوب التـفاسخ وعمومـه وهو قول الجمهـور قال: يتحالفان فى كـل حال ويتفاسخان لأن كل واحد من الطرفـين مدع ومدع عليه ولا بينة لأحدهما، فـتعارضا فتـساقطا، فوجب الفسخ خـروجا من هذا الخلاف، ومن حمله على غير الوجـوب قال إن الحديث يقتضى التخيـير لا الوجوب لوجود «أو» فيه وهى تدل على الـتخيير بين الفـسخ أو الاستمرار فى العقـد إن تراضى الطرفان على ذلك[1].

---

(١) المرجع السابق ٢/ ١٩٢.

المبحث الثالث

عقد الإجارة

تعريف الإجارة:

الإجارة فى اللغة: اسم للأجرة التى تؤخذ عن عمل شخص أو منفعة أرضه أو ملكه.

وفى الشرع: عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم[(١)].

وذكر **المنفعة** قيد لإخراج العقد على العين كالبيع، وذكر «**معلومة**» قيد لإخراع المنفعة المجهولة كالجعالة حيث إن العمل فيها مجهول والثواب معلوم.

والمقصودة قيد فى التعريف لإخراج المنفعة غير المقصودة حيث لا يجوز العقد عليها استئجاراً كاستئجار الفاكهة لشمها كتفاحة مثلا، لأن التفاح يقصد العقد عليه لأكله لا لشمه، وإن كانت له رائحة طيبة، ولكن الناس فى الغالب لا يقصدونه من أجل هذه الرائحة وإنما من أجل أكله فقط.

«وقابلة للبذل» قيد فى التعريف لإخراج المنفعة الغير كاملة للبذل كمنفعة البضع فى النكاح لأنها شخصية فقط.

«**والإباحة**» قيد فى التعريف لإخراج العقد على منفعة غير مباحة كاستئجار الجارية لوطئها، لأنها وإن كانت مملوكة إلا أن منفعتها العامة فى غير بضعها، لأن بضعها منفعة خاصة وشخصية على مالكها فقط أو من يتزوجها أى على أحدهما فقط المالك إن كانت على ملك سيدها. وزوجها فقط إن تزوجت حيث لا يجوز

---

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٣٣٢.

لمالكها وطؤها مع زوجها، لأنه يملك عينها ومنفعتها كلها ما عدا بضعها حيث هو مملوك شرعا لزوجها فقط.

«وبعوض» قيد فى التعريف خرج به عقد العارية، لأنه وإن كان العقد فيه على منفعة، ولكن هذه المنفعة بدون عوض ولهذا كانت اليد المستعيرة يد ضمان، واليد المستأجرة يد أمان.

«وبمعلوم» قيد فى التعريف خرج به عقد المساقاة، فإنه وإن كان على منفعة وهو عمل الساقى إلا أن العوض فيه غير معلوم فى الحال، لأنه على ما ستنتجه الأرض من ثمر وهو غير معلوم وقت العقد بل هو مجهول.

حكم الإجارة:

والعقد على الإجارة الشرعية أى المستوفية لأركانها وشروطها جائز بلا خلاف بين الفقهاء للإجماع على جواز العقد عليها فى الأعيان المملوكة والعمل فى غير المملوك ويسمى الأول عقد إيجار الأعيان والثانى عقد إيجار الأشخاص وهو المعروف بعقد الكراء، أو عقد العمل حسب الاصطلاح الحديث.

ودليل هذا الإجماع قول الله تعالى فى شأن موسى مع شعيب عليهما السلام: **﴿إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدنى إن شاء الله من الصالحين قال ذلك بينى وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان على والله على ما نقول وكيل﴾**[1].

والقائل هو شعيب النبى عليه السلام كما فى تفسير ابن كثير على المشهور عن الحسن البصرى وغير واحد[2].

---

(١) سورة القصص الآيتان ٢٧، ٢٨.

(٢) ٣/ ٣٨٤ دار المعرفة بيروت سنة ١٩٨٣.

أركان الإجارة:

وأركان الإجارة عند الجمهور أربعة: عاقد، ومعقود عليه، وأجرة، وصيغة ويشترط فى **العاقد** ما يشترط فى عقد البيع، **وفى المعقود عليه** وهو المنفعة كونها ذات قيمة مقصودة حيث لا يصح العقد على استئجار بياع على كلمة واحدة لا تعب فيها وإن روجت السلعة ولا على تفاحة لشمها، لأن المنفعة فى الأولى كالمعدومة وفى الثانية غير مقصودة فهى كالمعدومة أيضًا.

كما يشترط فى المنفعة أن يكون مقدور عليها حسا وشرعا ولهذا لا يصح العقد على استئجار مغصوب ولا على استئجار أعمى للحفظ والحراسة، ولا على أرض صحراوية للزراعة إذا لم يصلها ماء بوجه من الوجوه بالمطر المعتاد أو الجارى أو الجوفى المتيسر للعاقد.

كما يشترط فى المنفعة أيضًا: أن تكون معلومة عينًا وقدراً وصفة، فإن كانت المنفعة غير معلومة العين كإيجار إحدى السيارتين الموجودتين على التجهيل، أو الغائبة غير المعلومة الجهة والمكان وإن كانت معلومة الوصف، وكذلك لا يصح إيجار العين الحاضرة بدون تحديد مدة الإجارة ولا مكان محل العمل، لأن العقد على الإجارة فى أصله يبنى على الترخيص، لأنه عقد على معدوم فكان الأصل فيه المنع عزيمة ولكن رخص فيه للضرورة والمصلحة، فلا يتوسع فيما يؤدى إلى زيادة التجهيل والضرر الفاحش الذى يؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين وهو ما نهى عنه فى الشرع لنهيه ﷺ عن بيع الغرر.

ما تقدر به المنفعة:

ويمكن تقدير المنفعة بالزمان أو بالعمل، والزمن يدخل فى إجارة الأعيان كالدور والأراضى والعمل فى إجارة الذمة والأشخاص والأعمال والمقاولات.

ما يشترط فى الأجرة:

ويشترط فى **الأجرة** تسليمها فى المجلس إن كانت الإجارة على عمل متعلق

بالذمة أو الوصف كالسلم، أن تكون معلومة جنسًا وقدرًا وصفة ويكفى عن ذلك أن تكون الأجرة معينة فى مجلس العقد للعاقدين.

ما يشترط فى الصيغة:

ويشترط فى الصيغة ما يشترط فى البيع ما عدا شرط التأقيت، لأنه لا ينافى عقد الإجارة لأنه من طبيعته ومقتضاه بل لابد فيه ليصح العقد.

الأحكام العامة التى تتعلق بعقد الإجارة:

١ - يجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة للمستأجر فى المنقول وتمكينه من ذلك فى غير المنقول كالعقار فى الزمن الذى حدد لاستيفاء المنفعة وذلك بالتخلية أو تسليمه المفتاح فى البناء ليتمكن من الحصول على منفعته وذلك فى إجارة الأعيان، إن كانت الإجارة تتعلق بالأعيان، وعلى المؤجر إزالة كل ما يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة من العين محل العقد.

٢ - يجب على المستأجر المحافظة على العين المستأجرة وتسليمها للمؤجر بعد استيفاء منفعته كما تسلمها ولا يضمن ما تلف منها أو نقص بسبب استيفاء منفعته بدون تقصير منه فإن كان بتقصير ضمن.

٣ - يصح العقد على الإجارة لمدة يغلب على الظن بقاء العين فها بعد استيفاء المنفعة كل بحسبه وما يليق به من منفعة ويراعى فى ذلك الجنس والنوع والصفة والعرف، فالدار يمكن تأجيرها لثلاثين سنة مثلا، والدابة لعشر سنين، والثوب لسنة، وذلك لإمكان استيفاء المنفعة فى كل ما سبق فى هذه المدة فى العادة والغالب دائما.

٤ - إذا كانت المنفعة المعقود عليها من عين معينة لا يجوز إبدالها ولو بمثل شكلها إلا برضاء المستأجر لأن المعين الأول هو المعقود عليه فإن تلفت قبل التسليم والتمكين انفسخت الإجارة، وإن استبدل كان للمستأجر الخيار فى الفسخ أو البدل.

أما إذا كانت المنفعـة المعقود عليها تتعلق بعمل معين كـخياطة ثوب معين عند خياط وكصـبى عين للارتضاع عند مرضعة مثـلا، فإنه يجوز إبدال العين لأن استيفاء المنفعة يتعلق بالعمل أصـلا والعين تبع ويمكن استيفاء المنفعة مع البدل بلا ضرر على الراجح فعين المعقود عليه طريق للاستيفاء فقط فكان كالراكب لا معقود عليه حيث إنه وإن عين المعقود عليـه فإن العقد فيه فى معنى إجارة الذمة فحمل عليها لا على إجارة الأعيان.

٥ - يد المستأجر علـى العين المستأجرة يد أمانة فى مدة الإجـارة وكذا بعدها حتى يتسلمها المؤجر ولو مع التأخير ما لـم يكن ضرر فيه وعلم به المستأجر وتعمد ذلك التأخيـر ولم يعلم به المؤجر ولا يضمن المستأجر فى جـميع الأحوال إلا بالتقصير أو التعدى.

٦ - لا تنفسخ الإجارة لعدم تسليم المعقود عليـه بعذر شرعى سواء كان من المؤجر أو المستأجر.

٧ - لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين ولا بموتهما معًا، لأن ورثتهما يقومون مقامهما فى تحقيق الاستيفاء لأن المنفعة مال يورث كالعين.

٨ - إذا كانت الإجارة تتعلق بالذمة لم تنفسخ ولو بمضى مـدة الإجارة قبل استيفاء المنفعة المعقود عليها ليتمكن المستـأجر من استيفاء منفعته فى أى وقت كان إلا برضاء المستأجر.

٩ - ليس للمستأجر فسخ الإجارة بهلاك منفـعة لم يستوفها إذا كان ذلك بسبب لا يرجع إلى المؤجـر كهـلاك الزرع بجائحـة كحـر أو برد أو سيل أو جـراد أو عطش لعدم نزول مطر، أو لانقطاع الماء؛ لأنه يمكن اسـتيفاء المنفعـة موكولة إلى المستأجر ولـم يمنـعه منها المؤجر والجائحة لم تؤثر فى منفـعة العين المعقود عليهـا، ولأن هلاك منفعته حـصل فى يده بغير تعـد من المؤجر فكأنه أهلك مال نفسه.

١٠- تنفسخ الإجارة بتلف العين المؤجرة لفوات المنفعة المعقود عليها فيها كانهدام الدار المستأجرة للسكنى - كما تنفسخ بفوات مدة الإجارة قبل التسليم من المؤجر لفوات المنفعة محل القبض.

١١- غصب العين المؤجرة بدون تقصير من المستأجر يثبت الخيار بالفسخ ما لم يبادر المؤجر بالانتزاع من الغاصب قبل مضى مدة لمثلها أجرة فى العادة وهذا فى إجارة العين.

أما إجارة الذمة وهى العقد على عمل فإنه لا خيار فيها بالغصب حيث يمكن الإبدال وعلى المؤجر تحقيق ذلك لإمكان استيفاء المنفعة للمستأجر بأى وجه كان فإن امتنع كان للمستأجر الخيار بالفسخ.

١٢- إذا هرب المؤجر بالعين المستأجرة إجارة عين وتعذر على المستأجر استرجاعها كان له الخيار فى الفسخ كما فى فقدها وذلك لعدم القدرة على استيفاء المنفعة محل العقد فى هذه الحالة.

فإن كانت إجارة ذمة ولم يجد مثلها فى مال المؤجر افترض عليه واستأجر مثل المعقود عليه واستوفى منفعة، فإن تعذر عليه الافتراض كان له الخيار فى الفسخ[١].

---

(١) راجع فيما سبق مغنى المحتاج ٢/ ٣٣٢ وما بعدها والاختيار ٢/ ٦٩ وما بعدها والمغنى ٤٣٢ وما بعدها ومقدمات ابن رشد ٦٦١ وما بعدها، والمهذب ٢/ ٣٩٤ وما بعدها، والمدونة ٣/ ٤٤٤ وما بعدها .

المبحث الرابع

عقد المزارعة

تعريف المزارعة:

المزارعة فى اللغة: هى المفاعلة من الزرع وهو الإثبات المضاف سببه إلى العبد مباشرة بخلق الله وقدرته وإيجاده، وذلك لقوله تعالى: **﴿أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون﴾**[١].

وأما المزارعة فى الاصطلاح الفقهى فهى: عقد على الزرع ببعض الخارج منه، وعرفها البعض: بأنها دفع الأرض من مالكها إلى من يزرعها بجزء من الزرع[٢].

حكم المزارعة:

اختلف الفقهاء فى حكم المزارعة على مذهبين:

المذهب الأول: عدم صحتها شرعًا لفساد عقدها لأنها عقد على مجهول، ولأن العقد من على جنس واحد بين الربويات غالبة بالنسيئة وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة والإمام مالك والإمام الشافعى رضى الله عنهم، واستدلوا بما يأتى:

أولا: ما روى عن رافع بن خديج أنه قال: كنا نخاير على عهد رسول الله ﷺ على أمر كان لنا نافعا وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وقلنا ما ذاك قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكتريها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى»[٣].

---

(١) سورة الواقعة الآية ٦٤.

(٢) المغنى ٥/٤١٦.

(٣) المرجع السابق ٥/٤١٧.

ثانيًا: رواه البخارى، عن جابر بن عبد الله قال: كانوا يزرعون الأرض بالثلث والربع والنصف، فقال النبى ﷺ: «**من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه**».

ثالثًا: العقل. وذلك لأن استئجار الأرض ببعض الخارج منها كالنصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول فلا يجوز كالإجارة.

المذهب الثانى: صيغة المزارعة لجوازها شرعا وإلى هذا ذهب الإمام أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، واستدلوا بما يأتى:

أولا : بحديث ابن عمر أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من الأرض من زرع أو تمر[١].

ثانيًا: بما روى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى، أنهم عاملوا أهل خيبر بالشطر الذى يخرج من الأرض استدلوا بفعل النبى ﷺ معهم ذلك[٢].

الراجح: والمذهب الراجح الذى نميل إليه هو صحة عقد المزارعة لحاجة الناس إليها ولتعاملهم بها عرفًا بالشروط التى بينها الفقهاء لحالة الصحة.

أركان عقد المزارعة:

وأركان عقد المزارعة ثلاثة هى:

١ - العاقدان.

٢ - المعقود عليه.

٣ - الصيغة.

---

(١) المغنى ٥/ ٤١٨.

(٢) المرجع السابق ٥/ ٤١٨ وما بعدها.

شروط صحة المزارعة:

وشروط صحة المزارعة هى التى يجب أن تتوافر فى أركانها فإذا توفرت أركانها مستوفية لكل شروطها الشرعية صحت المزارعة وجاز العقد عليها بين الناس.

ولهذا يشترط فى العاقدين (مالك الأرض والمزارع) كونهما مما يصح العقد معهما وذلك بأهلية التصرف فى المال والعقود، وفى المعقود عليه وهو الأرض والأجرة توفر الشروط اللازمة لكل منها فيشترط فى الأرض أن تكون صالحة للزراعة، وأن تكون معلومة، وأن تسلم إلى الزارع خالية من الزراعة للمالك أو للغير.

ويشترط فى الخارج منها: أن يكون نصيب كل منهما معلوما منه بالربع أو النصف أو الثلث على الشيوع، وأن يكون بين المالك والمزارع فقط.

ويشترط فى المزروع أن يكون معلومًا للعاقدين كأن يبين نوع الزرع الذى يوضع فى الأرض وصفته، لأن حال الأرض يختلف من زرع إلى زرع.

ويتشرط فى العقد أن يكون محدد المدة وأن تكون هذه المدة صالحة فى العادة والغالب لإتمام الزرع ونضوجه وحصاده.

ويشترط فى المعقود عليه وهو العمل أن يكون من العامل أى الزارع، فإن كان العمل من المالك لا يصح العقد بالاتفاق.

أنواع المزارعة:

والمزارعة التى يمكن العقد عليها أربعة أنواع: ثلاثة منها صحيحة وواحد فاسد، فالصحيحة هى التى يكون العمل فيها دائما من جهة العامل وهو المزارع والفاسدة هى التى يكون العمل فيها من جانب المالك.

الأنواع الصحيحة من المزارعة:

الأول: أن يتم العقد فى المزارعة على أن يكون العمل من جانب المزارع والأرض والبذر والآلة وكل ما يلزم الأرض والزراعة بعد العمل من جانب المالك.
وهذا النوع جائز، لأن صاحب الأرض فى هذه الحالة يكون مستأجرًا للمزارع ليعمل له فى أرضه على أن تكون أجرته ببعض الخارج منها الذى هو نماء ملكه وهو البذر، فالأجرة معلومة فى الجملة وإن كانت غير معلومة على التفصيل، وقد جوز ذلك فى عقد الإجارة رخصة لأن الإجارة تقبل الغرر البسيط لضرورة التعامل إليه، ولأن الغرر البسيط قد يقع على الطرفين ولأن الغرم بالغنم.

الثانى: أن يتم العقد على أن تكون الأرض من جانب المالك، والباقى كله وهو البذر والعمل والآلة من جانب الآخر وهو بالمزارع وهذا النوع جائز، لأن العامل يصير مستأجرا للأرض ببعض الخارج منها.

الثالث: أن تكون الأرض والبذور من المالك، والعمل والآلة من جانب الآخر وهو المزارع وهذا جائز أيضًا، لأن المالك استأجر العامل وآلته ببعض الخارج من الأرض.

العقد الفاسد فى المزارعة:

وأما النوع الفاسد والذى يصير عليه العقد فاسدًا أيضًا فهو أن يتم العقد على المزارعة بشرط أن يكون البذر من جانب العامل والباقى كله وهوالأرض والعمل والآلة من جانب المالك، لأن ذلك لا يعتبر مزارعة بل يكون ربا محرمًا لأن المعقود عليه يكون أحد الأجناس الربوية وهو الزرع بجنسه لأجل ففيه عدم التساوى وعدم الحلول فيحرم الحديث الذى ورد فى ذلك وللإجماع على حرمته.

الأحكام العامة لعقد المزارعة:

١ - كل ما كان من باب النفقة على الزرع ولم ينص عليه فى العقد فعلى العاقدين

معًا على قدر حصتهما فى الخارج منه، فإن كـان مناصفة كانت النفقة عليهما بالسوية، وإن تفاوتت روعى هذا التفاوت بين المتعاقدين فيغرم أحدهما بمقدار حصته من الخارج.

٢ - كل ما كـان من أعمال المزارعة بما يحـتاج الزرع إليه لإصلاحـه فعلى المزارع وحده وإن لم ينص عليه فى العقد.

٣ - ناتج المزارعة بين صاحب الأرض والمزارع بمـا اتفقا عليه فى العقـد ولا حجر على حـريتهـما فـى ذلك التقـدير إذا كان بعـيـدًا عن الغرر أو التـدليس أو الإكراه.

٤ - إذا لم تخرج الأرض شيئًا فلا شىء لواحد منهما قبل الآخر ولا التزام.

٥ - عقد المزارعة لازم من الجانبين إذا تم مستوفيـا لجميع أركانه وشروطه الشرعية بناء على ما قـال به الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه ومـن وافقه[1] فلا يحق لأحدهما التـحلل منه إلا برضاء صاحبـه لقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾**[2].

---

(١) راجع المغنى ٥/٤١٦ - ٤٣٢ ، وحاشية الدسوقى ٣/ ٣٧٢ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة الآية رقم ١.

المبحث الخامس

عقد المساقاة

تعريف المساقاة:

المساقاة لغة: هى مأخوذة من السقى بسكون القاف لاحتياجها إليه غالبًا لكونه أكثر أعمالها لقوله تعالى: ﴿**وجعلنا من الماء كل شىء حى**﴾ أو من السقى - بكسر القاف وتشديد الياء - وهو صغار النخل ونسبت إليه لأنه الأصل نظرًا إلى أن صغار النخل تحتاج إلى ذلك السقى المشهود حتى تكبر بخلاف غيرها من الكبير الذى يعتمد على نفسه فى الحياة غالبا وعلى التعهد بالسقى من الغير فى القليل، ولذلك شبه الإنسان بها كما أخبر النبى ﷺ.

أما المساقاة فى الشرع: فهى العقد على شجر من مالك ليتعهده غيره بالسقى والتربية على أن ما يرزق الله منه من ثمر يكون بين المتعاقدين(١).

حكم المساقاة: الجواز عند الجمهور ما عدا أى ضيق حيث لا تصح عنده، ودليل هذا الجواز ما روى عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، ولأنه مال ينمو بالعمل فجازت المعاملة عليه ببعض نمائه كالأثمان(٢).

ما يجوز فيه المساقاة:

تجوز عند جمهور الفقهاء فى كل شجر يثمر كالنخل والكرم والموالح. وأما الذى لا ثمر له كالكافور لا يجوز بالإجماع.

---

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٣٢٢.

(٢) المرجع السابق.

شروط صحة المساقاة:

أولا: يشترط فى المعقود عليه أن يكون معلومًا وفى العاقدين أهلية العقد والتصرف، وفى الصيغة الإيجاب والقبول.

ثانيًا: أن تكون الأشجار مثمرة.

ثالثًا: أن تتم التخلية من المالك للعامل الساقى.

رابعًا: أن يكون نصيب كل من العاقدين من ناتج الشجر، فإن كان من الخارج منه فسد العقد.

خامسًا: أن تكون الحصة بينهما على الشيوع.

سادسًا: أن يكون عقد المساقاة على زمن معين فإن أطلق فسد العقد[1].

---

(١) راجع أحكام المساواة بالتفصيل فى مغنى المحتاج ٢/ ٣٢٢ وما بعدها والمغنى لابن قدامة ٥/ ٣٩١ وما بعدها، والموطأ ٤٩٤ وما بعدها وحاشية الدسوقى ٣/ ٥٣٩ وما بعدها.

المبحث السادس

عقد الرهـــن

الرهن لغة: الحبس والثبوت مطلقا. وفيـه حديث: «**ونفس المؤمن مـرهونة بدينه حتى يقضى عنه**»[١].

وشرعا: عقـد على عين ماليـة توثيقـا لدين ثابت ليسـتوفى منها عـند تعذر الوفاء[٢].

ودليل الحكم: حكم الرهن بالجواز بـالإجماع - لقـوله تعالى: ﴿**وإن كنتم على سفر .. الآية**﴾[٣] وللحديث: أن النبى رهن درعه عند يهودى، والعقل يقتضى هذا العقد لضرورة التـعامل بين الناس إذا تعذر الاستيفـاء بالحقوق حالة. ولأنه من باب التعاون لقوله تعالى: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾[٤] والصبر على المدين إذا تحقق منه الوفاء لاشك أنه من البر والتقوى.

وأركان الرهن عند الجمهور: أربعة، وهى:

(١) عاقدان - راهن ومرتهن (مدين ودائن).

(٢) معقود عليه - (وهو العين المرهونة).

(٣) مرهون به (الدين).

(٤) صيغة (إيجاب وقبول).

---

(١) راجع التنبيه ص ٦٢ والاختيار ٢/ ٨٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٤) سورة المائدة الآية ٢.

- ويشترط فى العاقد أن يكون مطلق التصرف.

- ويشترط فى المعقود عليه:

أولا: أن يكون عينا معينة ليمكن الوفاء منها عند العجز عن الوفاء، فإن كان دينا بطل العقد، لأنه غير مقدور على تسليمه ولأنه فى حكم العقد على المعدوم، ولأنه يؤدى إلى الضرر الفاحش والتنازع فمنع منه قياسًا على بيع الفرض المنهى عنه.

ثانيًا : مملوكا للمدين أو الكفيل إذا كان الرهن بكفالة، وعلى ذلك لا يصح رهن الوديعة ولا العارية ولا العين المؤجرة.

ثالثًا : قبضه فى مجلس العقد أو التمكين من القبض ولو بالتخلية من المالك للمرتهن.

- ويشترط فى المرهون به (الدين) أن يكون ثابتًا لازما، فإن كان غير ثابت أصلا أو ثابت غير لازم بطل العقد، ولهذا لا يصح الرهن فى زمن الخيار فى البيع - دينًا معلومًا.

ويشترط في الصيغة ما يشترط فى صيغة البيع، وهى أن تكون ممن تصح منه الصيغة وأن يتصل الإيجاب بالقبول، وألا يكون فيها ما ينافى العقد كشرط منفعة المرهون للمرتهن.

فإن اتصل بالصيغة ما يقتضيه عقد الرهن كاختصاص المرتهن بالمرهون أو تقدمه على الغرماء عند تزاحم الغرماء، أو الإشهاد به صح العقد والشرط معًا.

فإن اتصل بالصيغة ما لا غرض فيه للعقد صح العقد ولغي الشرط كشرط ألا يأكل الحيوان المرهون إلا نوعًا معينا من الطعام سواء كان هذا الشرط من الراهن أو من المرتهن.

فإن اتصل بالصيغة ما يضر المرتهن وينفع الراهن كشرط منفعة المرهون

للمرتهن بطل العقد على الراجح، لأن المرهون على ملك صاحبه وله منفعته فى كل وقت وإنما عينه لضمان الاستيفاء فقط عند العجز بالوفاء من المدين وقت حلول الوفاء.

وتصح الصيغة فى عقد الرهن بالكتابة والإشارة، والمراسلة، والمعاطاة إن دلت القرينة عليها كأن اتصل عقد الرهن بسبب الدين مباشرة أو دل عرف على ذلك أو شرط مسبق فى عقد كان هو السبب فى عقد الرهن اللاحق له.

أحكام عامة تتعلق بالرهن:

١ - **رهن المنفعة:** لا يصح رهن المنفعة، كرهن سكنى الدار، أو ركوب السيارة، أو إجارة الأرض، لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق.

٢ - **رهن المشاع:** صحيح ولكن لا يتحقق القبض فى المرهون إلا بتسليم الجميع للمرتهن (الدائن) والتحكيم كالتسليم. وإن كان منقولا لا يتم التسليم إلا بالنقل بإذن الشريك فإن رفضا أو تنازعا نصب الحاكم عدلا ليكون المرهون تحت يده أمانة لها لحين الوفاء.

٣ - **يصح رهن ما يسرع إليه الفساد:** إذا أمكن المرتهن الوفاء منه قبل فساده سواء فى ميعاده أو قبله بالبيع أو الحفظ ولو بمؤنة كتجفيف رطب مثلا ولكن بعد إذن الحاكم، والمبيع فى المرهون الذى كان سيفسد لابد من إذن فيه قبل البيع من الحاكم أو الراهن، ويكون الثمن رهنا مكان الأصل المبيع.

٤ - لا ينفسخ عقد الرهن بفاسد المرهون قبل حلول الأجل بأى حال.

٥ - للراهن الحق بالانتفاع بالعين المرهونة بشرط ألا يؤدى هذا الانتفاع بنقص العين أو تلفها - فإن أمكن الاستيفاء بها وهى فى يد المرتهن لم تنزع من يده، وإلا فللراهن الحق فى نقلها إليه إن كانت منقولة وللمرتهن الإشهاد على ذلك الرد إن لم يثق فى الراهن وإلا سلمه بدون إشهاد.

٦ - يستحق بيع المرهون عند الحاجة إلى بيعه إما لفساده أو عجز المدين عن الوفاء

فى الميعاد المتفق عليه بين الدائن والمدين، ويقدم المرتهن عند البيع بالثمن على سائر الغرماء ليستوفى كل ذى حق حقه منه.

٧ - إذا رفض الراهن بيع المرهون ألزمه القاضى بالبيع أو حكم بالبيع.

٨ - مؤنة العين المرهونة على الراهن ويجبر عليها عند الامتناع على الراجح حيث لا يحق للمرتهن بيع جزء منها للإنفاق على بقية العين ولو بإذن من القاضى إذا لم يأذن الراهن.

٩ - يد المرتهن يد أمانة على العين المرهونة لا يضمن إلا بالتعدى أو الامتناع عن الرد بعد الوفاء، أو الأداء، لحديث: «**لا يعلق للرهن من صاحبه الذى رهنه، له غنمه وعليه غرمه**».

١٠- إذا تلفت العين المرهونة بغير تعد من المرتهن أو بفعل الراهن أو بسببه وقبض المرتهن بدلا منها كانت فى يده أمانة كالأصيل تمامًا.

١١- الزيادة المتصلة بالعين المرهونة تصير مرهونة تبعا للأصل كسمن الحيوان أو نماء الزرع أو بيض أفرخ.

وإن كانت الزيادة منفصلة لم يسر الرهن إليها كثمر الشجر ونتاج الحيوان كالبيض واللبن، وهذا هو مذهب الجمهور.

ويرى الإمام أبو حنيفة: سريان الرهن إلى الزيادة المنفصلة كالمتصلة قياسًا.

١٢- إذا تلف المرهون بآفة سماوية بطل الرهن كالمرض ونحوه.

١٣- ينفسخ عقد الرهن بما يأتى:

أولا: بقضاء الدين على أى جهة كانت.

ثانيًا: الإبراء منه أى إبراء المرتهن للراهن.

ثالثًا: قبول الحوالة به من المرتهن إذا أحاله الراهن بدينه على غيره.

رابعًا: فسخ المرتهن عقد الرهن وحده أو مع الراهن.

١٤ - العين الواحدة إذا قبلت التعدد في الرهن صح العقد عليها بأكثر من رهن كدار رهن مالكها نصفها بدين لواحد ونصفها الثاني لآخر بدين آخر وإذا برىء أحدهما انفك من العين المرهونة ما يقابل قسطه الذي رهنت به وذلك لتعدد العقد على عين تقبل هذا التعدد بلا خلاف[1].

(١) راجع : التنبيه ص ٦٢ وما بعدها. والاختيار ٣/ ٨٥ وما بعدها ومغنى المحتاج ٢/ ١٢١ وما بعدها، وبدائع الصنائع ٨/ ٣٧١٥ وما بعدها.

المبحث السابع

عقد الحوالة

المقصد الأول

التعريف - الحكم - الدليل

تعريف الحوالة:

الحوالة[١] لغة: التحويل والانتقال: وشرعا: عقد يقتضى انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى وعرف آخرون الحوالة - بأنها تحويل الحق من ذمة إلى ذمة بشروط مخصوصة[٢].

والحوالة فيها معنى الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام بما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة التى لا تبرىء الأصيل بل تضمن الأصيل والكفيل معًا بما التزم به[٣].

حكم الحوالة:

وحكم الحوالة الجواز أصلاً وذلك لاشتراط الرضاء بين أطراف العقد بلا خلاف بين الفقهاء كما فى سائر عقود المعاوضات الأخرى، وهذا من لوازم العقود الرضائية فى الشريعة الإسلامية، لأن معنى الرضائية توافق إرادة الشخص بحريته ورغبته واختياره مع إرادة أخرى على إبرام عقد أو إنشاء التزام ما.

---

(١) بفتح الحاء وكسرها والفتح أفصح، وانظر المهذب ٣٣٧/١، والمصباح المنير مادة «حول» ص ٧٣ الطبعة الأولى.

(٢) المهذب ٣٣٧/١، والسراج على المنهاج ص ٢٣٨، والفقه الميسر فى المعاملات ص ٢٥، والمعاملات الشرعية ص ٣٣٦.

(٣) فتح القدير ٢٣٨/٧.

ودليل هذا الحكم وهو الجواز الأصلى من الشرع - السنة، والإجماع.

أما السنة: فما رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبىﷺ أنه قال: **«مطل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتسع»**[١].

والأمر وإن كان فى أصله للوجوب فقد صرف عن هذا الأصل إلى الندب وذلك لاشتراط الرضاء بين طرفى العقد بلا خلاف كما سبق بيانه.

ومعنى الحديث: إذا أحيل أحدكم بحقه أو بماله على غنى فليحل عليه ويطالبه بحقه، فإن ذلك تعاون بين الناس بالمعروف وتيسير فى أداء الحقوق[٢] لقوله تعالى **﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾**[٣]. ولقوله سبحانه وتعالى أيضًا **﴿فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾**[٤].

والمطل بالدين معناه التأخير فيه والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر، والتسويف فى أجل الدفع والتطاول فيه، وذلك مأخوذ من قولهم فى اللغة: مطلت الحديدة أمطها «إذا ضربتها ومددتها لتطول» وجاء في كتب الصحاح: كل محدود ممطول ولهذا يقال - ما طله بحقه، ومطله به إذا سوفه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى[٥].

والملىء، هو الغنى، وأصله الواسع الطويل، والتبيع - هو الذى يتبعك بحق ويطالبك به، ومنه قوله تعالى **﴿ثم لا تجدوا لكم علينا به تبيعا﴾** أى تابعا ومطالبا يطالبنا بأن يصرفه عنكم.

ويؤيد هذا ما جاء فى بعض الروايات من حديث النبى ﷺ **«من أحيل بحقه**

---

(١) الحديث صحيح وهو متفق على روايته وانظر المغنى ٤/٥٧٦.

(٢) النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ص ٣١٧.

(٣) سورة المائدة الآية ٢.

(٤) سورة البقرة الآية ١٧٧.

(٥) المصباح المنير مادة (مطل) ص١٠٤.

على مليء فليحل»[١] وقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة.

وقد قيل: إن الحوالة بيع فى المعنى، فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بماله فى ذمة المحال عليه. وجاز تأخير القبض رخصة، لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، ولكن الصحيح على ما قاله ابن قدامة - أن الحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، لأنها لو كانت بيعا لما جازت لكونها بيع دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مال الربا بجنسه، وأجازت بين جنسين كالبيع، ولأن لفظها يتغير بالتحول لا بالبيع، وعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم الحوالة بمجرد العقد[٢].

---

(١) المغنى ٤/ ٥٧٦.

(٢) المرجع السابق.

المقصد الثانى

أركان العقد وشروطه

أركان الحوالة:

وأركان عقد الحوالة عند الجمهور خمسة:

١ - محيل.

٢ - محتال.

٣ - محال عليه.

٤ - دينان.

٥ - صيغة[١].

شروط صحة الحوالة:

يشترط فى صحة عقد الحوالة حتى ينتج آثاره القانونية الشرعية بالنسبة لأطرافه عدة شروط هى:

أولا: رضاء المحيل بلا خلاف بين الفقهاء، لأن الحق عليه وهو الملتزم بأدائه وهو المتعين لطلب الدين أو الحق وأدائه لصاحبه، ولا يتعين عليه جهة قضائه من غيره إلا من جهته بلا خلاف، فاحتج لبيان طريق الأداء من جهته هو، وهذا بالطبع يحتاج لبيان رغبته وإرادته فى هذا الشأن ولا يكون ذلك إلا برضاه فكان أساس العقد يرجع إليه هو. والعقد هو أساس الالتزام ولا يلزم الغير من غير التزام[٢].

---

(١) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ص ٣١٧.

(٢) المغنى ٥٧٦/٤ ، ٥٨٠.

وإذا كان الفقهاء فقد اتفقوا على أنه لابد من رضا المحيل لصحة عقد الحوالة فإنهم قد اختلفوا بالنسبة للمحال عليه هل يعتبر رضاه فى صحة العقد؟ منهم من اعتبر ذلك. ومنهم من لم يعتبر رضاء المحال واعتبر رضاء المحال عليه، ومنهم من لم يعتبر رضاهما معًا.

فعند المالكية: ذلك معتبر بالنسبة لهما معًا، وعند الحنابلة على ما ذكره ابن قدامة لا يعتبر رضاهما معًا.

ومذهب داود الظاهرى أنه يعتبر رضا المحال عليه ولا يعتبر رضا المحال.

وعند الشافعية يشترط رضاء المحال كما يشترط رضاء المحيل.

وذلك لأن الحوالة عقد بمقتضاه ينقل الحق من ذمة إلى أخرى غيرها، فلم يجز من غير رضاء صاحب الحق، لأن الرضاء أساس كل العقود الرضائية فأما رضاء المحال عليه فيقول الشافعية:

إن كان الدين على من لاحق له عليه وقلنا: إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الحوالة إلا برضاء المحال عليه بلا خلاف. وإن كان الدين المحال به على من عليه حق، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تجوز الحوالة إلا برضاء المحال عليه، وهو قول أبى سعيد الأصطخرى واختيار المزنى صاحب الإمام الشافعى، وذلك لأن المحال عليه أحد من تتم به الحوالة فاحتاج العقد إلى رضاه كما فى المحتال.

والثانى: وهو الأصح فى المذهب الشافعى كما قال الإمام النووى، أنه لا يشترط رضاء المحال عليه، لأن عقد الحوالة عقد تفويض بمعنى فلا يعتبر فيه رضاء من عليه كالتوكيل فى القبض، والمحال عليه يخالف المحتال لأن الحق للمحتال فلا ينتقل بغير رضاه، كالبائع حيث لا يجوز انتقال المبيع عنه بغير رضاه.

أما المحال عليه فإن الحق عليه يجب عليه أداؤه لصاحبه والمحتال هو صاحب الحق بمقتضى الحوالة فلم نعتبر رضاء المحال عليه لهذا السبب.

والحنفية لا يشترطون رضاء المحال ويشترطون رضاء المحتال والمحال عليه(١).

فمن رأى أن الحوالة معاملة يتعلق بها عقد اعتبر رضاء الجميع بالنسبة لأطراف هذا العقد، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً.

وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام **«وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»** والأمر على الوجوب وبقى المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتباره(٢).

ودليل الحنفية فى المحيل هو دليل الجميع، وأما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذى ينتقل بها والذمم متفاوتة، ولهذا كان لابد من رضاه حتى يمكن أن يستوفى حقه.

وأما المحال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه. وأما عدم رضاء المحيل فلأن الحوالة هى التزام المحتال عليه بالدين، والتزام المحتال عليه بالدين تصرف فى حق نفسه. ثم إن المحيل لا يتضرر بذلك بل فيه نفعه، لأنه لا يرجع عليه بالدين إلا إذا كان ذلك بأمره(٣).

ولعل الحنفية بذلك قد خالفوا الجميع، لأنهم خالفوا حتى قواعدهم العامة فى اشتراط الرضاء فى كل العقود، بل اعتبروا ذلك من أركان العقد حيث كان ركن العقد عندهم هو الصيغة - وهى الإيجاب والقبول.

وقد سبق أن قلنا: بأن أساس التزام الدين هو المحيل وهو المدين الأصلى وهو الذى يحدد عن طريقه كيفية الأداء من غيره إذا لم يقم هو بأداء هذا الالتزام بنفسه،

---

(١) فتح القدير ٢٣٩/٧ وبداية المجتهد لابن رشد ٢١٦/٢، والمهذب ٣٣٧/١، والسراج على المنهاج ص ٢٣٨، والمغنى ٥٧٦/٤.

(٢) بداية المجتهد ٢٩٩/٢.

(٣) فتح القدير ٢٣٩/٧، والمغنى ٥٧٨٤/٤.

لأنه هو المحل الأصلى للدين ولا يتحول المحل إلا بتحويل صاحبه، فكيف يتحقق القول بالتحول مع عدم الرضا بالتحويل؟ والأصل أن هذا من العقود الرضائية. ولهذا كان الأولى بالعمل والواجب اتباعه هو الأخذ بقول الجمهور وهو اعتبار رضاء المحيل فى عقد الحوالة.

والشرط الثانى - من شروط صحة الحوالة: أن يكون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدراً ووصفا وهذا بلا خلاف[١]. وأن يكون المحال به دينا مما يجوز بيعه كعوض القرض وبدل المتلف. فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم والعين فلا تجوز الحوالة به، لأن الحوالة بيع فى الحقيقة، لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين للمحتال[٢].

وبالنسبة لجنس المال الذى تجوز به الحوالة فقد اختلف فيه الفقهاء فمنهم من قال: لا تجوز إلا بما له مثل كالأثمان والحبوب وما ماثلها، لأن القصد بالحولة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ولا يمكنه ذلك إلا فيما له مثل فوجب ألا يجوز فيما سواه وهذا هو الصحيح فى المذهب الشافعى[٣].

ومن الفقهاء من أجازها فى الذهب والدراهم (النقود) فقط ومنعها فى الطعام لكونه من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، لأنه باع الطعام الذى كان على غريمه بالطعام الذى كان عليه، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه وذلك لا يجوز، لأنه ربوى من جنس واحد، ولا يجوز بيع الجنس الواحد فى الربوى نسيئة.

وأما الإمام مالك فقد أجاز ذلك كما أجار الشافعى ولكن بشرط أن يكون الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا، وأما إذا كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين، وعند أصحاب مالك: يجوز إذا كان

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٩.

(٢) المهذب ١/٣٣٧.

(٣) المرجع السابق.

الدين المحال به وإن لم يحل ديـن المحال عليه. وإنما رخص مـالك فى القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى.

وأما أبو حنيفة فقد أجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخـروج الحوالة بالدراهم حيث إن الأصل عند الحنفيـة فى الحوالة أنها لا تكون إلا بالديون كما هو مذهب الشافعية، وذلك لقوله ﷺ **«من أحيل على ملىء فليتبع»** وإنما اختصت الحوالة بالديون لأنهـا تنبىء عن النقل والتحويل فى الدين لا فى العين[١].

وكما تثـبت الحوالة فى المثلى فإنها تثـبت فى المتقوم، وذلك كمـا فى الثياب والحيوان وما فى حكمها، لأن ما يثبت فى الذمـة بعقد السلم مال ثابت يجوز بيعه قبل القـبض فجـازت الحوالة به كذوات الأمـثال[٢]. وهذا بناء علـى مـا قـال به الشافعية.

والشرط الثـالث من شروط صحـة الحوالة: هو أن يكون دين الحـوالة مـالا معلومًا لا مجهولاً، لأننا قد بـينا أن الحوالة بيع عند البعض وبيع المجهول لا يصح بلا خـلاف، فلذا لم تصح الحـوالة بالمجهـول. وعلى القـول: بأن الحوالة إرفـاق وليست بيـعًا أى تحول الحق من ذمة إلى ذمة للرفق والمعـاونة، فإنه يعتبـر فى تحول ذلك الحق التـسليم، والجهـالة تمنع من ذلك التـسليم فـيمـتنع الإرفاق أى ارتفـاق صاحب الحق بحقه فتبطل الحوالة ويمكن ضبط الدين بضابط وهو - إن كل ما يصح فيه السلم تصح فيه الحوالة، لأن السلم يثبت فى الذمة فتصح بكل ما يثبت مثله فى الذمة بالإتلاف من الأثمان والحـبوب وغير ذلك مما يمكن أن يثبت فى الذمة ويـعتبر دينا[٣].

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٩ ، والمهذب ١/٣٣٧ ، والمنهج والسراج ص ٢٣٨ ، وفتح القدير ٧/٢٣٩.
(٢) السراج ص ٢٣٨.
(٣) المغنى ٤/٥٧٩.

وبالنسبة لما يثبت فى الذمة ويصح السلم فيه من غير المثليات كالمزروع والمعدود ففى صحة الحوالة به وجهان عند الحنابلة:

أحدهما: لا تصح لأن المثل فيه لا يتحقق، ولهذا لا يضمن بمثله فى الإتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعى.

والثانى: تصح لأنه حق ثابت فى الذمة فأشبه ماله مثل وهذا هو الأصح فى مذهب الشافعية كما سبق القول.

وبناء على ذلك فقد اختلف فى الحوالة بإبل الدية. فالبعض من الفقهاء قال لا تجوز وهو الصحيح عند الشافعية، لأن مال الدية مجهول الصفة، ومنهم من قال: تجوز الحوالة وبه وعليه، لأنه معلوم العدد والسن وهذا ينفى جهالة الوصف، وقد عبر النووى عن ذلك بقوله - وفى قول تصح بإبل الدية وعليها[١].

وعلى الأصح فى مذهب الشافعية لا يشترط أن يكون الدين لازما حالا مادام معلوما. وعلى هذا تصح الحوالة بثمن المبيع فى مدة الخيار من المشترى، كما تصح الحوالة من البائع على ثمن المبيع. فللمشترى أن يحيل البائع على إنسان آخر بثمن مبيعه، كما أن للبائع أن يحيل أخر له عليه دين على المشترى بما عليه من ثمن المبيع، وذلك لأن الثمن فى زمن الخيار مآله إلى اللزوم «وقد تحققت فيه المثلية وكونه معلوما، ويثبوت الحوالة على هذا يبطل الخيار فى البيع من تمام عقد الحوالة[٢].

وعلى القول الآخر لا تجوز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار لاشتراط الثبوت فى محل الحوالة بلا خلاف وزمن الخيار ويجوز فيه الرجوع عن البيع من البائع أو المشترى، بذلك ينفسخ العقد ولا يثبت بهذا الفسخ مال يحال به أو عليه[٣].

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/ ٥٨٠ والتنبيه ص ٦٦.

(٢) المهذب ١/ ٢٧٧.

(٣) المرجع السابق.

والشـرط الرابع من شروط صـحة الحـوالة - أن يكون الحقـان متـساويين فى الصفـة والحلول والتأجـيل، فإن اخـتلفا في شيء من ذلك لم تصـح الحوالة، لأن الحوالة إرقـاق كالقرض، فلو جوزنا الحـوالة مع الاختلاف فى شىء مما سـبق صار المطلوب منه طلب الفضل وهو الزيادة فتخرج بذلك الحـوالة عن موضوعها وتصبح ربا لا يجوز إلا فى المماثلة.

فإن كان لرجل على رجلين ألف دينار بالتساوى وكان كل واحد منهما ضامن عن صاحـبه دينه فـأحال صـاحب الألف عليهـا رجلا له عليـه ألف دينار على أن يطالب من شاء منهما بالألف دينار، ففى صحة هذه الحوالة وجهان:

أحدهما: تصح لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه.

والثانى: لا تصح الحوالة لأنـه يستفـيد بالحوالة زيادة فى المـطالبة، وذلك لا يجوز ولأن الحوالة بيع فى المعنى، فـإن خيرنا المحال بين الرجلين صار كـما لو قال الشخص لآخر: بعتك أحد هذين الحيوانين وهو لا يجوز، لأنه بيع فيه غرر[١].

وبناء على اعتبار تساوى الحقين من حيث الحلول والتـأجيل، فإنه يعتبر اتفاق أجل المؤجلين، فإن كان أحدهـما حالا والآخر مؤجلا، كأجلين أحـدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ولو كان الحقان حالين، فلو شرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة، لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتًا فى نفس الأمر لم تصح الحوالة به.

وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيرًا من حقـه، أو رضى المحتال بـدون الصفة، أو رضى من عليـه المؤجل بتعـجيله أو رضى من له الحال أنظاره جاز شرعا، لأن ذلك يجوز فى القرض ففى الحوالة أولى وإذا مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله، فـإن مات المحال عليه ففى حلول الأجل قولان:

---

(١) التنبيه ص ٦٦، والمرجع السابق ، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٠.

أحدهما: يحل لأن جـميع الديون تحل بالوفـاة، لأنها تتـعلق بالذمة والـذمة انتهت بـالوفاة فتـعلقت الديون بالأموال قـبل توزيعهـا على الورثة حتى لا تـصبح الحقوق على أصحـابها، ومن هنا كان قول الفقهـاء كقاعدة عامة فقـهية فى الميراث والتركات «لا تركة إلا بعد سداد الديوان».

الثانى: لا يحل الأجل لأن الحق معلق بالأجل ولم يحل الأجل بعـد والتركة تنتقل إلى الورثة بما عليها من ديون وهم فيمـا بينهم يشتركون فى تسديد الدين عند حلول أجل الوفاء.

والراجح والمعتمد عند جمهور الفقهاء هو القول الأول[١].

والشرط الخامس مـن شروط الحوالة - أن يكون المحال عليـه مدينًا للمـحيل بمثل ما للمـحتال على المحيل، لأن الحـوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة مـن جهة المعنى، فإذا أحال من لا دين له عليه كان كبيع معدوم وهو لا يصح.

وقال بعض آخـر من الفقهـاء: تصح إذا رضى المحال عليـه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله، فصح وإن لم يكن عليه مثله كالضمان، وعلى هذا يطالب المحال عليـه المحيل بتـخليص الدين للمحـتال كـما يطالب أيضًا من المضـمون عنه بتخليصه، فإن قضى المحال عليه الدين للمحتال بإذن المحيل رجع على المحيل، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع[٢].

والشرط السادس من شروط الحـوالة وصحتها: هو خلو العقـد من الخيار إن كان خيار شـرط، فإن وجد خيار الشرط فى عقد الحـوالة بطلت الحوالة باتفاق عند الشافعية، وأحمـد بن حنبل والليث بن سعد بناء على أن براءة المحيل من الدين إنما تتم بعد العقد مباشرة مطلقة عن أى شرط والشرط تعليق وهذا يتعارض مع المقصود

---

(١) راجع المغنى ٤/٥٧٧.
(٢) المهذب ١/٣٣٨.

من عقد الحــوالة وهو براءة ذمة المحيل من الحق الذى عليــه بالحوالة، وإلا لم يكن للحوالة بالنــسبة له فائــدة حيث تظل ذمتــه مشغــولة بالدين حتى مع عقــد الحوالة وتمامها.

وذهب الحنفية إلى صحة العقد مع الشرط مطلقًا، ويجوز الشرط عند المالكية إذا كان يتــعلق بمضمون العقــد وآثاره، وهو شرط اليسار وإمكان الوفــاء من المحال عليه لأن طبيعة العقد تقتضيه[١].

وفى خيار المجلس وجهان عندهم:

أحدهما: يثبت لأن الحوالة بيع فى المعنى فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح.

والثانى: لا يثبت لأنــه يجرى مجــرى الإبراء، ولهذا لا يجــوز عقــد الحوالة بلفظ البيع ليــتحقق الغرض مــن عقد الحوالة وهو إبراء ذمــة المحيل من الدين الذى عليه للمحتال[٢].

---

(١) المرجع السابق، والمعاملات الشرعية للخفيف ص ٣٤١ ، ٣٤٢.

(٢) المهذب ١/٣٣٨.

المقصد الثالث

الأحكام العامة والآثار المترتبة على عقد الحوالة

١ - براءة المحيل من المطالبة بالدين، حيث يترتب على انعقاد الحوالة صحيحة حسب الشروط التى سبق ذكرها انتقال الحق المحال به الثابت قبل الإحالة للمحتال فى ذمة المحيل إلى المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل من الدين إذا كان المحال عليه مليئًا - أى غنيًا - عند الجمهور وبلا خلاف عند الشافعية، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان وجب أن تبرأ ذمة المحيل من الدين الذى عليه للمحتال ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه.

وبناء على ذلك لا يحق للمحتال بعد ذلك أن يرجع على المحيل وإن أفلس المحال عليه بعد الإحالة أو جحد الحق الذى عليه لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه، فسقط حقه من الرجوع كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض وإلى هذا ذهب الجمهور من الفقهاء.

أما عند الحنفية فإن الحوالة إذا كانت مطلقة[١] بطلت بإجحاد المحال عليه الحوالة - ولا بينة عليه وتوجه إليه اليمين فحلف إذ لا وسيلة إلى إلزامه حينئذ بأداء الدين، وبذا تصير الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر باطلة.

كما تبطل عند الحنفية أيضًا بموت المحال عليه مفلسًا بلا مال يستوفى منه ولا كفيل، إذ لا سبيل إلى الوفاء حينئذ إلا ببطلان عقد الكفالة، كما تبطل

---

(١) الحوالة إما مطلقة وإما مقيدة عند الحنفية، فتكون مقيدة إذا قيدت بدين فى ذمة المحال عليه أو بأمانة عنده كان يحيل المحيل المحتال ليستوفى دينه مما لدى المحال عليه من أمانة أو دين فى ذمته للمحيل، وتكون مطلقة إذا لم تقيد بشىء من ذلك وإن كان المحال عليه مدينا فى الواقع لمحيل أو وديعا، وانظر أحكام المعاملات ص ٣٣٨ وفتح القدير ٧/ ٢٤٤ ، ٢٤٨.

بإفلاس المحال عليه فى حياته، فإذا حكم بذلك الإفلاس وقسمت أموال المحال عليه بين دائنيه حسب ديونهم بطلت الحوالة بالنسبة لما لم يوف من دينها، ويرجع به المحال على المحيل لتحقق عجز المحال عليه حينئذ عن الأداء، وهذا قول صاحبى الإمام أبى حنيفة أما هو فإنه يتفق مع الجمهور فى الحكم بالإفلاس حيث لا يرى به بطلان الحوالة لأنه يقول: بأن العجز غير متحقق فإن مال الله غاد ورائح، فعسى أن يرث أو يوهب له أو يتجر فيربح[١].

٢ - وإذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضى بها المحال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدًا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو غير ذلك، وهو قول الليث بن سعد والشافعى، وأبو عبيد وابن المنذر وظاهر كلام الخرقى من الحنابلة وقد اتفق أحمد مع هذا القول بالنسبة لتعذر الاستيفاء بغير الفلس. أما الفلس فقد روى عنه بأنه إذا كان المحال عليه مفلسًا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا إذا رضى بذلك بعد العلم، وبهذا قال الإمام مالك لأن الفلس عيب فى المحال عليه فكان له الرجوع، كما لو دلس البائع على المشترى فى السلعة وباعه فيها على أنها سليمة فظهر فيها عيب حيث يكون له خيار الرجوع، فكذلك المحال الذى أحيل على مفلس ولو لم يعلم بذلك الفلس ولم يرض به العلم حيث يكون له الرجوع بالحق على الأصيل، لأن إفلاس المحال عليه عيب لم يرض به المحتال. «فإن علم بالإعسار ورضى لم يكن له حق الرجوع»[٢].

وقال شريح والشعبى، والنخعى - متى أفلس المحال عليه أو مات رجع المحتال على المحيل.

---

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٣٩، والمهذب ١/٣٣٨ والمنهاج مع السراج ص ٢٣٩.

(٢) المغنى ٤/ ٥٨١، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٣٦٠، والمهذب ١/٣٣٨ وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٠.

وقال أبو حنيفة - يرجع المحتال على المحيل فى حالتين - إذا مات المحال عليه مفلسًا، وإذا جحده الحق وحلف عليه عند الحاكم ولم يكن به بينة.

وقال أبو يوسف ومحمد - يرجع عليه فى هاتين الحالتين التى قال بها الإمام ويزاد على ذلك حالة ثالثة وهى: «إذا حجر عليه لفلس، لأنه روى عن عثمان - أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلسًا؟ فقال يرجع بحقه لا توى[١] على مال امرىء مسلم» ولأنه عقد معارضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعارضين.

وأعدل الأقوال هو ما قال به الإمام أحمد وكثير من الحنابلة، والإمام مالك وما قال به جمهور الفقهاء، وذلك لما روى أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على على بن أبى طالب كرم الله وجهه دين فأحاله به على رجل فمات المحال عليه، فأخبر المحتال عليا رضى الله عنه بموت المحال عليه وأراد بذلك الرجوع، فقال المحيل (على رضى الله عنه) اخترت علينا[٢]، أبعدك الله». فأبعده الإمام على رضى الله عنه، بمجرد قبول المحتال الإحالة، ولم يخبره أن له الرجوع.

ثم إن الحوالة براءة من دين ليس فيها قبض ممن هو عليه ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها كما لو أبرأه من الدين.

وأما الأثر الذى روى عن عثمان فى حق الرجوع فهو أثر لم يصح، لأن راويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان وهو لم يصح سماعه منه، وقد روى أنه قال: «فى حوالة أو كفالة» وهذا يوجب التوقف، ولو صح أثر عثمان كان قول على مخالفًا له، وهو صحيح لم يطعن عليه[٣].

---

(١) لا توى: أى لا هلاك ولا ضياع، وانظر المغنى، فتح القدير ٧/٢٤٦. والتوى بالقصر فى اللغة: الهلاك كما فى مختار الصحاح مادة توى.

(٢) اخترت علينا أبعدك الله بمعنى أنك اخترت غيرى لأداء الحق لله وفضلته علينا فلك ما اخترت وقد أبعدك الله عنى من مطالبة الدين بعد أن أحلتك فلا رجوع لك على.

(٣) المغنى ٤/ ٥٨١.

وأما قـول الحنفية - بأن الحـوالة عقد مـعارضة لـم يسلم العوض فيـه لأحد المتعاوضين فإنه قول غير صحيح، لأن ذلك يفضى إلى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه، ويفارق عقـد الحوالة عقد المعاوضة بالثـوب وما فى حكمه، لأن ذلك القبض فى البيع ونحـوه يقف استقرار العقد عليـه، أما فى الحوالة فهى بمنزلة القبض وليست بقبض فى الحال. وإلا كانت من باب بيع الدين بالدين وهو لا يجوز[١].

٣ - وإذا شرط اليسـار فبان الإعسار رجع عنـد الجمهور من الفقـهاء، وذلك كأن يحيل شخص صاحـب حق عليه على آخر بشرط أنه ملىء فبان مـعسراً بعد انعقاد الحوالة.

وقال جـمهور الشـافعيـة: لا يرجع المحتال على المحـيل، لأن الحوالة لا ترد بالإعسار إذا لم يشترط ملاءة المحال عليـه فظهر أنها ليست بشرط ولو كانت شرطًا لثبت بها الرجوع ولو لم ينص عليها فى العقد، لأن الإعسار نقص لا يحتاج إلى شرط كما فى الخيـار بالعيب فى البيع ونحوه حيث لا يحتاج إلى شرط المبيع به، ولما كان عقد الحوالة يلزم ولا يحق به الرجوع عند عدم شرط الملاءة فيكـون الحكم أيضًا حتى مع الشـرط، لأنه لا يؤثر فى العقـد ولزومه لأن ذلك يخـالف عيب المبـيع، لأن الغرض من هذا العـقد ليس المعـارضة أساسًا، وإنما المراد به التـحويل وبراءة المدين من المطالبـة بالدين الذى عليه، وللمحتال أن يقبل ذلك أو يرفض الحوالة بحيث يبقى مطالبته على الأصيل، فهو الذى يقـدر مصلحته بدقـة فمتى قبل الحوالة فـقد قدر مصلحـته وكانت مصلحة المحيل فى ذلك أيضًا وهى براءة ذمته من الدين الذى عليه.

وقال بعض آخر من الشافعية وهو غير قوى فى المذاهب: بأن للمحتال الخيار لأن المحيل غره بـالشرط والغرر يقتضـى الخيار فى كل العقود الـرضائية ولا فرق بين عقد الحوالة وغيرها من العقود الرضائية الأخرى.

---

(١) المرجع السابق ص ٥٨٢.

وهذا يتفق مع قــول جمهور الفــقهاء وهو الأعدل والأقــوى بدليل قول النبى ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط (مـا) فيه مصلحة العقد ويقـتضيه فى عقد مـعاوضة، فثـبت الفسخ بفواته كمـا لو اشترط صفة فـى المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بدليل اشتراط صفة المبيع[١].

٤ - إذا اشترى شخص من آخر سلعة «ما» بثـمن معين وأحال المشترى للبائع بهذا الثمن على رجل مدين للمحيل فقبل المحتال ثم وجد المشترى بالمبيع عيبًا فرده إلى صاحبه وهو البائع الذى أحيل بثمن هذا المبـيع، فإن الحوالة صحيحة ولا تبطل عند بعـض الفقــهـاء حـيث أن للبـائع أن يطالب المحـال عليـه بالمال وللمشـترى أن يرجع على البائـع، لأنه تصرف فى أحد عـوض البيع، وهذا التصرف لا يبطله الرد بالعيب[٢].

وقال آخرون ببطلان الحوالة، وعلى هذا فلا يجـوز للبائع مطالبة المحال عليه بثمن المبيع الذى أحـيل، لأن الحوالة وقعت فى مقابل الثمن فـإذا فسخ البيع خرج المحـال به عن أن يكون ثمنا، **وإذا خرج عن أن يكون ثمنـا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة**، ولعل هذا هو الذى يتفق مع مصلحة المتعاقدين ومع العدالة[٣].

فإن أحال البائع على المشـترى رجلا بثمن المبيع رد المشتـرى المبيع بالعيب فلا تبطل الحوالة، لأنه تعلق بـها حق غير المتـعاقدين وهو الأجنبى فـيجب على المشترى تسديد الثمن إلى المحال عليه ويرجع على البائع بما أداه من ثمن[٤].

٥ - إذا أحال الزوج زوجـته بالمهـر على رجل ثم ارتدت المرأة قبـل دخول الزوج بها، فـفى صحـة الحوالة خـلاف بناء على الخلاف الذى سـبق فى رقم (٤)

---

(١) المغنى ٤/ ٥٨٢ والمهذب ١/ ٣٣٨، والسراج مع المنهاج ص ٢٣٩، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٠.

(٢) المهذب / ٣٣٨ ، والمغنى ٤/ ٥٨٥.

(٣) المرجعين السابقين.

(٤) المهذب ١/ ٣٣٨ ، ٣٣٩.

بالنسبة لحوالة المشترى للبائع علـى رجل لأخذ ثمن المبيع ثم وجد بالمبيع عيبًا فرده المشترى[١].

٦ - **الاختلاف فى صيـغة الحوالة:** إذا أحال رجل رجلا على آخـر بدين ثم اختلفا فقـال المحيل: أنا وكلتك، وقال المحتـال: بل أحلتنى قضى فى هذه القضـية حسب الآتى:

(أ) إن كان الاخـتلاف فى الـلفظ كأن يقـول المحيل: وكلتك بلفظ الوكـالة ويقول المحتال: بل أحلتنى بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل مع يمينه، لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والأصل معه[٢].

وكذا العكس أن لـو قال المحيل: أحلتك بدينك، فـقال المحـتال: بل وكلتنى، لأن الأصل معـه، لأنه يدعى بقاء الحق على مـا كان وينكر انتقـاله فيصـدق فيه بيـمينه، فإن كـان لأحدهما بـينة حكم بها، لأن اختلافهما فى اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه[٣].

(ب) وإن اتفقا - أى المحـيل والمحتال - على لفظ الحوالة وأن صيغـة العقد كانـت بها ثم اخـتلفا فى المضـمون، فـقال المحـيل: أنا وكلتك. أى قصدت توكيلك، وقال المحتال: بل أحلتنى بدينى عليك فالقول لمدعى الحوالة لأن الظاهـر معه، فـإن اللفظ حقيـقة فى الحـوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كمـا لو اختلفا فى دار فى يد أحدهما من غير بينة لأن الظاهر وهو اليد يشهد لصاحبه.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغنى ٤/ ٥٨٥.

وفى قول من وجـه آخر عند الشـافعيـة: أن القول قول المحـيل مطلقًا، لأن الأصل بقاء حق المحـيل على المحال عليـه والمحتال يدعى نقلـه والمحيل ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إذا لم تكن بينه لأن الأصل براءة الذمة(١).

فعلـى الوجه الأول: وهو أن القـول قول مدعى الإحـالة - يحلف المحـتال ويثبت الحق فى ذمة المحال ويستحق مطالبته ويسقط على المحيل.

وعلى الوجه الثانى: يحلف المحيل وتثبت الوكـالة ويبقى حقه فى ذمة المحال عليه.

وعلى كلا الوجهين: إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف فى يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه هو أو بتفـريط غيره، لأنه إن تلف بتـفريطه وكان المحتـال قبضه فـقد أتلف ماله، وإن كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر مثل ما فى ذمته له فيتقاصـان ويسقطان، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قـد قبض حقه وتلف فى يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه(٢).

فإن كـان المحتال لم يقبـض المال من المحال عليه فليس له إلا مطالبـة المحال عليه بلا خلاف بناء على الوجه الأول وهو أن القول قول مدعى الإحالة.

وبناء على الوجه الثـانى: وهو أن القول قول المحيل فـإن المال إذا لم يكن قد قبضه المحال فإنه ينعزل عن الوكالة إذا كان قد حلف على ذلك المحيل وذلك لإنكار الوكالة حيث أن المحال يدعى الحـوالة وليس له بعد ذلك المطالبة بالمال لا للمحيل ولا لنفسه وليس له التمـسك بمطالبة المحال عليه بالدين، فإن كان

---

(١) المهذب ١/٣٣٩، والمغنى ٤/٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨.

(٢) المرجع السابق ص ٥٨٦.

قبض المال أخذه المحيل منه ولا يرجع المحال بـالدين عليه، لأنه قد أقر ببراءة ذمته منه بإقراره بالحوالة، وفى قول آخـر عند الشافعية - بأن له الرجوع على المحيل لأنه يقول: إن كنت محتالا فقـد استرجع منى ما أخذته بحكم الحوالة وإن كنت وكيلا فحقى باق فى ذمتـه فيجب عليه أداؤه لى، وهذا هو الأقرب إلى العدالة والواجب العمل به عند اللزوم[١].

---

(١) المهذب ١/ ٣٣٩.

المبحث الثامن

عقد الوكالة

المقصد الأول

التعريف - الحكم - الدليل

تعريف الوكالة:

الوكالة لغة: التفويض.

وشرعا: تفويض شخص غيره ليقوم مقامه فى حدود إرادة المفوض فيما يقبل النيابة، وعرفها بعض آخر من الفقهاء بأنها: إقامة شخص آخر مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم مملوك[١].

حكم الوكالة:

والوكالة حكمها الجواز أصلا بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

فقول الله سبحانه وتعالى **﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾**[٢]. فجوز العمل وذلك بحكم النيابة عن المستحقين للزكاة.

ومن الكتاب أيضًا قول الله تعالى **﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه﴾**[٣]، وهذه وكالة.

---

(١) التنبيه ص ٦٨ والسراج ص ٢٤٦ والمعاملات الشرعية ص ٣٤٣ وفتح القدير ٧/ ٥٠٠ والمختصر النافع فى فقه الإمامية ص ١٥٤. ومختار الصحاح مادة وكل.

(٢) سورة التوبة الآية ٦٠.

(٣) سورة الكهف الآية ١٩.

وأما دليل الوكالة من السنة:

فما رواه أبو داود والأثرم وابن ماجة عن الزبيـر بن الخريت عن أبى لبيد لمازة ابن زياد عن عـروة بن الجهـد أنه قال «عـرض للنبى ﷺ جلب[١] فأعطانى ديناراً فقال: ياعـروة، ائت الجلب فاشتر لنا شـاة قال: فأتيت الجلب فساومت صـاحبه، فاشـتريت شـاتين بدينار، فـجئت أسـوقهـما، أو أقـودهما فلقـينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منه شاة بديـنار، فأتيت النبى ﷺ بالدينار وبالشاة، فقلت: يارسول الله هذا دیناركم وهذه شاتكم قـال: وصنعت كيف؟ قال: فحدثتـه الحديث، قال: اللهم بارك له فى صفقة يمينه وهو حديث صحيح[٢].

روى أبو داود عن غيـره بإسناده عن جابر بن عبـد الله رضى الله عنه أنه قال «أردت الخروج إلى خـيبر فأتيت رسـول الله ﷺ فلقت له: إنى أردت الخروج إلى خيبر - فقـال: ائت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسـقًا، فإن ابتغى منك آية فتضع يدك على ترقوته، وهو حديث صـحيح كما قال علمـاء التخريج[٣] وهذا الحديث نص فى الموضوع.

وروى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال «وكلنى النبى ﷺ فى حفظ زكاة رمضان» وعن سـليمان بن يسار «أن النبى ﷺ وآله بعث أبا رافع مـولاه ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونه بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج إليها»[٤].

كما ثبت أنه ﷺ قد وكل عمرو بن أمية الضـمرى فى قبول نكاح أم حبيبة، وأنه ﷺ وكل فى إقامة الحد فى قوله ﷺ «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٥].

---

(١) أى قطيع من الماشية وهى الإبل والبقر والغنم، والجلب - بفتح الجيم واللام الأصلية فـيه - لغة: أنه مما يجلب من بلد إلى بلد أو من مكان إلى مكان، وبذلك كان الجلب بمعنى مجلوب على وزن «مفعول». وانظر المصباح مادة (جلب) ص ٤٩.

(٢) انظر نيل الأوطار ٥/ ٣٠٤.

(٣) نيل الأوطار ٥/ ٣٠٣.

(٤) رواه مالك وانظر نيل الأوطار ٥/ ٣٠٢ ، ٣٠٣.

(٥) المرجع السابق ٥/ ٣٠١ والمغنى ٥/ ٨٧.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وأما الإجماع:

فهو ما أجمعت عليه الأمة على جواز الوكالة فى الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك: فإنه لما كان لا يمكن لكل واحد فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه دعت الحاجة إلى جواز الوكالة(١).

وإنما كان حكم الوكالة الجواز فى الأصل وذلك، لأنه لا يترتب على عدمها تخلف شيء من الضروريات أو الحاجيات بالنسبة للإنسان، وكل ما فى الأمر أنها من باب التعاون بين الناس وتيسير أمورهم ومصالحهم أخذًا من قوله تعالى ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾(٢). ومعنى الجواز فى الوكالة أنها تعقد بالإرادة المنفردة كما يجوز نقض هذه الإرادة ولو كانت منفردة بالنسبة للموكل والوكيل حتى ولو تم العقد صحيحًا مستوفيا لأركانه وشروطه.

---

(١) المغنى ٥/ ٨٧.

(٢) سورة المائدة الآية ٢.

المقصد الثاني

أركان العقد وشروطه

وأركان عقد الوكالة أربعة. وهى:

١ - الموكل.

٢ - الوكيل.

٣ - الموكل فيه.

٤ - الصيغة.

الركن الأول (الموكل):

يشترط فى الموكل صحة مباشـرة الأمر أو الشىء الموكل فيه غالبًا بنفسه وذلك يتطلب عدة أمور لابد منها. وهى:

١ - البلوغ.

٢ - العقل.

٣ - وعدم الحجر إذا كان التوكيل فى المال.

٤ - والذكورة فى عقد النكاح عند الجمهور.

٥ - العدالة عند التوكيل فى زواج ابنته.

٦ - عدم الإحرام بالحج على الزواج[1].

وبناء على ذلك فـإنه لا يصح التـوكـيل من الصـبى ولا من المجنون ولا من المحجـور عليه فى ماله لسـفه إذا كان التـوكيل فى الأمـور المالية، ولا من المرأة فى

---

(١) المنهاج مع السراج ص ٢٤٧، والمهذب ٣٤٩/١ والمنهج للشيخ زكريا الأنصارى ص ١٠٣.

عقود التزويج ولا من الفاسق فى تزويج ابنته، لأنه لا يجوز لأحد منهم أن يتولى العقد الموكل فيه بنفسه فلأن لا يجوز فيه توكيل غيره أولى.

وأما توكيل المرأة وليها فى الزواج فإنه إذن وليس بتوكيل، ولهذا قال الإمام النووى رضى الله عنه «وشرط الموكل صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية».

ويستثنى من هذا الضابط الأعمى فى البيع والشراء حيث يصح منه التوكيل مع أنه لا تصح المباشرة منه[1].

ولهذا كان الضابط الفقهى عند الفقهاء فى قولهم «وكل من صح تصرفه فى شىء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه غيره رجلا أو امرأة مسلما أو غير مسلم»[2].

فيصح توكيل المحجور عليه لسفه فى الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه لجواز مباشرة ذلك بنفسه، كما يصح توكيل المرأة فى طلاق نفسها وطلاق غيرها[3].

الركن الثانى (الوكيل):

ويشترط فى الوكيل صحة مباشرته التصرف الموكل فيه لنفسه، وأن يكون معينا، فإن كان مجهولا كأن قال الموكل: وكلنى أى رجل أو إنسان لم يصح العقد، ولهذا قال صاحب المهذب، ومن لا يملك التصرف فى حق نفسه لنقص فيه - كالمرأة فى النكاح. والصبى والمجنون فى جميع العقود - لم يملك أن يتوكل لغيره، لأنه إذا لم يكن يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل، ومن ملك للتصرف فيما تدخله النيابة فى حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره، لأنه يملك فى حق نفسه بحق الملك فملك فى حق غيره بالإذن»[4].

---

(١) المنهاج مع السراج ص ٢٤٧ والمراجع السابقة.

(٢) المغنى ٥/ ٨٧.

(٣) المرجع السابق ٥/ ٨٨.

(٤) المهذب ١/ ٣٤٩ وانظر أيضًا المرجع السابق، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠١.

وبناء على ذلك فإنه يجوز أن يكون الفاسق وكيلا للزوج فى قبول النكاح، لأنه يجوز للفاسق أن يقبل النكاح لنفسه مع الفسق فجاز أن يقبله لغيره - من باب أولى.

ولكن هل يجوز للفاسق أن يتوكل فى إيجاب الزواج؟ قولان:

أحدهما: يجوز بناء على أنه يجوز له قبوله وعلى ما قاله بعض الحنابلة من أنه تصح له ولاية النكاح[١].

وبناء على أحد الوجهين عند الشافعية، لأنه ليس بولى، وإنما هو مأمور من جهة الولى والولى عدل.

والقول الثانى: لا يجوز للفاسق أن يتوكل فى إيجاب الزواج، لأنه لا يجوز للولى الموكل إذا كان فاسقا ذلك حيث اشترطنا عدالته والوكيل قائم مقامه فكان شرطه كشرطه[٢].

ويصح توكيل المرأة فى طلاق نفسها وطلاق غيرها عند الجمهور، وأما عند الشافعية فى طلاق غيرها فقولان:

أحدهما: يجوز كما يجوز لها توكيلها في طلاق نفسها قبل الزوج.

الثاني: لا يجوز، لأن المرأة لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها فى طلاق نفسها للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها فى طلاق غيرها[٣].

الركن الثالث (الموكل فيه):

ويشترط فى الموكل فيه - أن يملكه الموكل، وأن يقبل النيابة وأن يكون معلوما.

---

(١) المغنى ٥/ ٨٨.

(٢) المهذب ١/ ٣٤٩.

(٣) المرجع السابق والمغنى ٥/ ٨٨، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠١.

والقاعدة فى ذلك عند الفقهاء هى «الوكالة فى كل شىء جائز إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها».

وعلى ذلك يصح التوكيل فى البيع والشراء والحوالة، والضمان وسائر النقود، والفسوخ، والشركة، والوكالة، والمصارفة، والجعالة، والمساقاة، والطلاق، والنكاح، والخلع، والصلح، وتملك المبيحات[١].

ولا يجوز التوكيل فى العبادات البدنية، وتجوز فى المالية كالصدقة والزكاة والحج، كما تجوز عند مالك فى الخصومة على الإقرار والإنكار.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا تجوز الوكالة على الإقرار وشبه ذلك بالشهادة والأيمان.

وعند الجمهور تجوز، كما تجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك، وعند الشافعى مع الحضور قولان - والذين قالوا: إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا؟ فقال مالك لا يتضمن، وقال أبو حنيفة يتضمن.

ولا يصح التوكيل فى الشهادة لأنها تتعلق بعين الشهادة لكونها خبرا عما رآه أو سمعه.

ولا يتحقق هذا المعنى فى نائبه. فإن استناب فيها كان النائب شاهدا على شهادته لكونه يؤدى ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل[٢].

ولا يصح التوكيل فى الأيمان والنذور، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، وكما لا يصح فى الإيلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان[٣].

---

(١) المهذب ص ٣٤٨، وعمدة المسالك لابن النقيب ص ٦٩ وبداية المجتهد المرجع السابق.

(٢) السراج ص ٢٤٧.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٣٠١ والمغنى ٥/ ٩٠.

ويجوز التوكـيل فى مطالبة الحقوق وإثباتها والمحـاكمة فيها، حـاضرا كان أو غائبا صحيحا أو مريضًا وهو قول الجمهور من الفقهاء(١).

وقال أبو حنيفة: للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً، لأن حضوره مـجلس الحكم ومخاصمـته حق لخصمـه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه(٢).

والراجح هو قول الجمهور، لأن التوكيل حق تجـوز النيابة فيه، فكان لصاحبه الاستنابة بغيـر رضاء خصمه، كحـال غيبته ومرضـه وكدفع المال الذى عليه، ولأن الصـحابة رضى الله عنهم قـد أجـمعـوا على جوازه وعـدم التـفرقـة بين الحاضـر والغائب، فإن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا عند أبى بكر رضى الله عنه وقال: ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى. كما وكل عـبد الله بن جعفر عند عثمان وقال: «إن للخصومة قحما(٣)، وإن الشيطان ليحضرها وإنى لأكره أن أحضرها».

ثم إن الحاجـة تدعو إلى ذلك، فـإنه قد يكون للشخص حـق أو يدعى عليه بحق وقدلا يحسن الخصومـة، أو لا يحب أن يتولاه بنفسه(٤) وهذا بالنسبة لحقوق العباد.

فأما حقوق الله سـبحانه وتعالى: فما كان منها حـدا كحد الزنا والسرقة، جاز التوكيل فى استـيفائه لأن النبى ﷺ قال: «اغد يا أنيس إلى امـرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، فغدا إليها فاعترفت فأمر بها فرجمت»(٥).

ولأن عثمان بن عفان رضى الله عنه وهو خليفة وكل عليا بن أبى طالب كرم الله وجهه فى إقامة حد الشرب على الوليـد بن عقبة، كما وكل علىٌّ بن أبى طالب

---

(١) المغنى.
(٢) فتح القدير ٧/ ٥٠٤ وما بعدها.
(٣) القحم - المهلك.
(٤) المغنى ٥/ ٨٩ ، ٩٠.
(٥) والحديث متفق عليه .

رضى الله عنه الحسن فى ذلك فأبى الحسن، فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلى يعد»[١].

ثم إن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، لأن الإمام قد لا يمكنه تولى بذلك بنفسه[٢].

ولذلك كان الجمهور على جواز استيفاء ما سبق. وقال الحنفية: لا يجوز استيفاء الحدود والقصاص بالوكالة إلا بحضور الموكل وهو ولى الأمر أو من له الحق فى الاستيفاء بناء على أن الحد يندرىء بالشبهات ومن ذلك العفو عند إقامة الحد ولا يملك ذلك الوكيل[٣].

وكما يجوز التوكيل فى استيفاء الحدود عند الجمهور، فإنه يجوز التوكيل فى إثباتها عندهم.

وخالف الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعى، وأبو الخطاب من الحنابلة فى أنه لا يصح التوكيل فى إثباتها لأنها تسقط بالشبهات وأمرنا بدرئها، والتوكيل فى الإثبات موصل إلى الإيجاب، وهذا يتعارض مع الأمر بالدرء وهو المنع.

وقد استدل الجمهور بحديث أنيس السابق لأن النبى ﷺ وكله فى إثباته وفى استيفائه جميعًا، فإنه قال «فإن اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن قد ثبت، وقد وكله فى إثباته واستيفائه جميعا، ولأن الحاكم إذا استناب دخل فى ذلك الحدود، فإذا دخلت فى التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى، والوكيل يقوم مقام الموكل فى درئها بالشبهات.

وبالنسبة للعبادات:

فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جار

(١) أى بعد الضرب ، والحديث رواه مسلم.
(٢) راجع المغنى ٥/ ٩١.
(٣) فتح القدير ٧/ ٥٠٤.

التوكيل فى قبضها وتفريقها، ويجوز للمخرج التوكيل فى إخراجها ودفعها إلى مستحقيها، بل يجوز أن يقول لغيره: أخرج زكاة مالى من مالك، ولأن النبى ﷺ «بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب[١].

كما يجوز التوكيل فى الحج والعمرة لغير القادر عليه بنفسه بشرط أن يكون الوكيل قد أدى الفرض عن نفسه وإلا كان الحج الموكل فيه عن نفسه لا عن موكله.

ويجوز التوكيل بالحج فى حالة الحياة وبعد الممات بحيث يجوز للشخص أن يستنيب عنه من يحج عنه بعد موته إذا لم يقدر عليه هو بنفسه فى حياته.

وذلك لأن النيابة فيما سبق من حج وزكاة، وذبح أضحية وما فى حكمه لا يخل بالمقصود من العبادة، لأن نيابة الحج عند العجز ضرورة، ولأن الحج أعمال وأفعال وسعى وطواف ورمى وغير ذلك. والنيابة فيها ممكنة ولا تخل النيابة بتعظيم الله ولا بالحكمة من مشروعيتها.

وكذلك بالنسبة لتوزيع الزكاة على أصحابها، وفى ذبح الأضحية لأن التوكيل فيها لا يخرج عمَّا ذكرناه بالنسبة لأعمال الحج، بل ذلك أولى لأنها أعمال دنيوية بحتة ولا تحتاج إلى نية كما فى سائر العبارات[٢].

وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة، والصيام، والطهارة من الحدث، فإنه لا يجوز التوكيل فيها، لأنها تتعلق ببدن من هى عليه، فلا يقوم غيره مقامه فيها، إلا أن الصيام المنذور يصح عن الميت ولا يكون ذلك توكيلا[٣].

---

(١) الحديث متفق عليه.

(٢) المغنى ٥/ ٩١ ، ٩٢، والسراج مع المنهاج ص ٢٤٧.

(٣) المرجع السابق.

الركن الرابع (الصيغة):

١ - والصيغـة - المراد بها الإيجاب والقبول بين الموكل والوكيل، لأن الوكـالة عقد من العقود التى يتـرتب عليها التزامات بالنسـبة لطرفى العقد كمـا ينشأ عنها التزامات فلذا احتاجت إلى الإيجاب والقبول.

ويكون الإيجاب والقـبول بكل ما يدل على معنى الوكـالة من لفظ أو فعل، وعلى ذلك إذا وكل إنسـان آخر بتصـرف خاص فلم يجب الوكـيل ثم باشر ذلك التصرف الذى كان بشأنه التوكيل كـان ذلك الفعل منه قبولا يتم به عقد الوكالة وذلك لأن الوكالة لا يشترط فيهـا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما فى البيع والإيجار وعقود المعاوضات الأخرى[١]. بل تصح الصيغة بالإيجاب والقبول فى الوكالة على الفور أو بتراخى القبول عن الإيجاب، ولكن لا تتم الصيغة ولا ينعـقد العقد إلا بعد تمام القبول سـواء كان بالقول أو الفعل وهو مباشرة التصرف المأذون فيه، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء.

وقال القاضى أبو حامد المروزى: لا ينعقـد إلا إذا كان القبول على الفور بعد الإيجاب، لأن الوكـالة عقد فى حال الحـياة وهذا يتطلب القبـول على الفور كـما فى البـيع. وقـد رد الجمـهور على ذلـك القول: بأن الوكـالة إذن فى التصـرف نيابة عن الموكل والإذن قـائم ما لم يرجع فيـه صاحبـه، فلذا جاز القبول ما دام هذا الإذن قائمًا، ولأن القبول بمباشرة الفعل لا يخرج عن الإذن بالتصـرف الموكل فيه بل ذلك أوضح فى الدلالة على القبـول، فكان كالإذن فى أكل الطعام الذى لا يحتاج إلى قبول بالقول بلا خلاف.

ولكن يلاحظ حـتى على رأى الجمـهور أنه لو رد الموكل الإيـجاب صـراحة بطلت الصيغة وبالتالى بطلت الوكالة، ولهذا لو تصرف الموكل بعد ذلك الرد فى الأمر الذى كـان التوكـيل بشأنه كـان تصرفـه باطلا على رأى الجمـهور

---

(١) عمدة السالك ص ٦٩، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٣٤٣.

واعتـبر تصـرف فضـولى على رأى الأحناف يحتـاج إلى إجازة جـديدة من صاحب الحق فيه وهو المالك أو الأصيل[١].

٢ - ويشرط لصحـة الصيغة بيـان التصرف الموكل فيـه ولو من بعض الوجوه لأن الوكالة لا تصح إلا فى تصرف معلوم.

وعلى ذلك لو قال الموكل لمن يريد أن يكون وكيلا عنه: وكلتك فى كل قليل وكثير يتعلق بى لم ينعـقد العقد ولا تصح الصيغة لأن فيهـا ما يطيقه الوكيل ومالا يطـيقه فـيعظم الضـرر ويكثر الغـرر الذى تنهى عنه الشريعـة وتوجب درءه. أما إن قال: وكلتك فى جميع أموالى، أو فى قبض جميع ديونى، أو بع مـا شئت عن مـالى، أو اقبض مـا شـئت من ديون جاز ذلك وصـحت الصيـغة. لأنه فى الجمـيع يمكن معرفـته، وفى البعض إذا عـرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر[٢].

٣ - ولا يشترط فى الصيغة التنجيز على المعـتمد عند جمهور الفقهاء ومنهم بعض الشافـعية حيث يجـوز تعليق الوكالة على الشرط مـثل - إذا جاء والدى من الحج فبع مالى، أو إذا جاء الشتاء فاشتـرى لى سيارة صفتها كذا، أو إذا جاء عيد الأضحى فاشترى لى أضحية، وإذا طلب منك أهلى شيئًا فادفعه إليهم، وإذا دخل رمضان فقد وكلتك فى هذا الأمر.

وقال الجمهور من الشافعية - لابد من تنجيز الصيغة حيث لا يصح تعليقها، لكنهم قالوا أيضًا: إن تصرف الشخص صح تصـرفه لوجود الإذن، فإن كان وكيلا يـجعل فسد المسـمى، وله أجر المثل، لأنه عقد يملك به التـصرف فى الحياة فأشبه البيع[٣].

---

(١) المغنى ٥/ ٩٢، ٩٣.

(٢) المهذب ١/ ٣٤٩، وعمدة السالك ٦٩، والمغنى ٥/ ٩٤.

(٣) السراج ص ٢٤٨ والمهذب ١/ ٣٥٠، وعمدة السالك ص ٦٩.

ويستدل جمهور الفقهاء على جواز الوكالة مع التنجيز والتعليق بقول النبى ﷺ للصحابة فى أحد الغزوات «أميركم زيد. فإن قتل فجعفر. فإن قتل فعبد الله بن رواحة»[١]. وهذا فيه معنى التعليق.

ثم إن عقد الوكالة عقد اعتبر فى حق الوكيل حكمه، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحًا مع التصرف ولو بعد تعليق - كما لو قال: أنت وكيلى فى بيع سيارتى إذا قدم والدى من الحج ،ولأنه لو قال: وكلتك فى شراء كذا فى وقت كذا صح بلا خلاف[٢].

---

(١) المغنى ٥/٩٣.

(٢) المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤.

المقصد الثالث

الأحكام العامة والآثار والالتزامات التى تنشأ عن الوكالة

يترتب على صحة الوكالة أن تنتج آثارها القانونية الشرعية بالنسبة للموكل والوكيل فيقوم الوكيل مقام الموكل فيما وكل فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى عقد الوكالة وينفذ على الموكل ويلتزم بكل الآثار والالتزامات المترتبة على العقد الذى عقده الوكيل صحيحا ولكن مع مراعاة الأحكام العامة الآتية:

١ - لا يملك الوكيل من التصرف فى أمر الوكالة إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف بشرط ألا يترتب على هذا الإذن ضرر بالموكل لقوله ﷺ **«لا ضرر ولا ضرار»** فإن تصرف الوكيل بما فيه ضرر الموكل لزمه آثار هذا التصرف[١].

٢ - لا يملك الوكيل توكيل غيره عن نفسه فيما وكل فيه إلا بأحد شرطين:

الأول: إذن الموكل.

الثانى: الإطلاق ولم يكن من عادة الوكيل أن يتولى التصرف بنفسه، أو كان لا يقدر عليه مع مراعاة العرف فى ذلك وبشرط أن يكون أمينا، فإن كان خائنا ضمن تصرفه لنفسه وحده دون الموكل[٢].

وذلك لأن الإطلاق فى الوكالة لا يخلو من أقسام ثلاثة:

الأول: أن يكون العامل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة فى حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك. وفى هذا فإنه يجوز له توكيل غيره فيه لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه.

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٠، والمغنى ٥/٩٧، ١٣١.

(٢) عمدة السالك ص ٦٩ والمهذب ١/ ٣٥١ ، والمغنى ٥/ ٩٨.

القسم الثانى: أن يكون العمل الموكل فـيه مما يعمله بنفسـه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته، وفى هذا أيضًا يجوز له التوكيل فى عمله الموكل فيه. لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيما دعت الحاجة إليه[١].

القسم الثالث: ما يمكنه عـمله بنفسه ولا يتـرفع عنه، فلا يجوز للوكيل فـيه عند جمهور الفقهـاء، لأنه لم يؤذن له فى التوكيل ولا تضمنه الإذن فكان في حكم العمل المنهى عـنه صراحة، ولأن إرادة الموكل لهـا غرض فى ذلك العمل من جـهة الوكيل بنفـسه، لأنه استؤذن فيـما يمكنه النهوض فيـه، فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه الموكل كالوديعة[٢].

ونقل عن الإمام ابن حنبل، وابن أبى ليلى: أنه يجوز للموكل أن يوكل غيره مطلقا إذا أطلقت الوكـالة ولم يكن من الموكل نهى، لأن للوكيل أن يتصـرف بنفسه فله ملك التصرف وله فيما ملكه أن يوكل فيه.

ورأى الجمهور هو الأولى بالأخذ والقبول مـن جهة العمل، لأن الوكيل غير المالك لأن المالك يتصرف بنفـسه فى ملكه كيف شاء بخـلاف الوكيل الذى لا يفعل إلا ما يقتضيه الإذن صراحة أو ضمنا أو عرفا[٣].

٣ - لا يملك الوكيل فى البـيع المطلق، البيع بغيـر نقد البلد، ولا البيع بنسـيئة أى بثمن مـؤجل ولو كان بأزيد من ثمن المثل فى المعـجل ولا بغبن فاحش وهو مالا يحتـمل غالبا ويعرف ذلك من طـريق العرف، فإذا باع الوكيل مـخالفا لهذه القيود ضمن تصرفه إن كـان فيه ضرر بالموكل وبشرط أن يكون قد سلم المبيع، فإن أذن الموكل للوكـيل فى البيع بأجل، إن حدده كان الوكـيل ملتزما بهذا الأجل لا يتعداه، وإن أطلق كان للوكيل البيع بأجل ويترك تحديد الأجل

---

(١) المغنى ٥/ ٩٧.
(٢) المغنى ٥/ ٩٨٥.
(٣) المرجع السابق.

له، ويحمل الإطلاق على المتعارف فى مثله حيث أن العرف هو الذى يقيد هذا الإطلاق ولكن بشرط الإشهاد على هذا الأجل الذى يجيزه العرف[١].

٤ - إذا كان الوكيل بالبيع فى بيع شىء فى زمان محدد لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ذلك من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأن الموكل قد يؤثر البيع فى زمان دون غيره لحاجة فى نفسه تتعلق بمصلحته.

وإن وكل فى البيع فى مكان فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقد أجود لم يجز البيع فى غيره مراعاة لمصلحة الموكل، وإن كان الثمن فى المكانين واحدًا فقولان:

أحدهما: له البيع فى أى مكان لأن المقصود فيهما واحد بالنسبة لمصلحة الموكل فكان الإذن بأحدهما إذن بالآخر ضمنا.

الثانى: لا يملك الوكيل البيع إلا فى المكان الذى حدد له، لأن التحديد عرض الموكل الصريح فلا تجوز مخالفته إلا بتصريح[٢].

٥ - لا يملك الوكيل فى البيع البيع لنفسه ولا لفرعه الصغير عند جمهور الفقهاء من غير إذن، لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره فحملت الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضى البيع ممن يستقصى فى الثمن عليه وفى البيع من نفسه ترك الاستقصاء مما يترتب عليه غبن بالموكل صاحب المبيع وهذا الغبن يحتاج إلى إذن الموكل.

بل إن الشافعى رحمه الله قد نص على أنه لا يجوز بيع الوكيل لنفسه ولو مع إذن الموكل وذلك لتناقض الغرضين - غرض الوكيل فى مصلحته - بالاسترخاء - أى تقليل الثمن - لنفسه وغرضه بالاستقصاء - أى التحرى

---

(١) السراج ص ٢٤٩، ومقصد التنبيه على التنبيه لابن ماجه ص ٦٨ والمهذب ١/ ٣٥٤، والمغنى ص ١٠١ وما بعدها، ١٣٤ ، ١٣٥.

(٢) المهذب ١/ ٣٧٢، والمغنى ص ١٣٢.

وزيادة الثمن - للموكل، ولا يجتمع فى العقد متناقضان» وهى وجهة نظر سليمة جدًا من الإمام الشافعى رضى الله عنه فيراعى الاحتياط والأخذ بها[١].

وقد حكى عن مالك والأوزاعى جواز ذلك، وعند الإمام أحمد فى رواية بشرطين:

أحدهما: أن يزيد الثمن على مبلغ بيع النداء.

الثانى: أن يتولى النداء غيره.

ولعل فى الحجج التى ذكرت للجمهور ما يؤيد رأيهم ويقويه من حيث وجوب الأخذ بمذهبهم[٢].

فإن باع الوكيل فى البيع لابنه الكبير، أو أبيه من غير إذن فوجهان للفقهاء:

أحدهما: الصحة وهو الأصح فى مذهب الشافعية لأن للوكيل أن يبيع مال نفسه لهما فجاز مال غيره وهو الموكل فيه أولى.

والثانى: لا يجوز، لأنه متهم فى الميل إليهما كما يتهم فى الميل إلى نفسه لأنه لا تقبل شهادته لهما باتفاق الجمهور من الفقهاء.

والوجه الثانى: هو الأوفق والأولى من حيث رعاية مصلحة الموكل والبعد عن الغرر والتهمة والاختلاف[٣].

٦ - لا يملك الوكيل فى شراء سلعة موصوفة أن يشترى إلا الصحيح، لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب وهذا هو قول الجمهور من الفقهاء، فإن

---

(١) المنهاج والسراج ص ٢٤٩، والمغنى ٥/١١٧.

(٢) المغنى ٥/١١٧، ١١٨.

(٣) المنهاج مع السراج ص ٢٤٩ والمغنى ٥/١١٩.

خالف الوكيل واشترى معيبًا يعمله ورضى به فكان الضمان عليه إن لم يرض الموكل بالبيع المعيب.

فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضى به وأنكر الوكيل فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأن الأصل عدم الرضاء. فإن رضى الوكيل بالعيب سقط خياره فى الرد بالعيب، وإذا رضى الموكل بعد ذلك استقر العقد للموكل.

وإن اختار الموكل الرد فإن كان الوكيل قد عرفه أثناء البيع وسماه أو نوه به وصدقه البائع جاز الرد بالعيب، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب وإنما رضى وكيله، وإذا كان حق الوكيل قد سقط برضاه فإنه لم يسقط حق الأصيل لعدم رضاه.

فإن لم يسم الوكيل العيب فى الابتياع، ولا صدقه البائع، فالمنصوص عند الشافعى أن المبيع يلزم الوكيل لأنه ابتاع فى الذمة ما لم يؤذن فيه.

وقال بعض أصحاب الشافعية - العقد يلزم الموكل، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل فى ترك الرد بالعيب ويرجع الموكل على الوكيل بقيمة النقص لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

وفى المقدار الذى يرجع به على هذا القول وجهان:

أحدهما: يرجع الموكل على الوكيل بما نقص من قيمة المشترى معيبا عن الثمن الذى اشترى به، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مع العيب مائة لم يرجع الموكل على وكيلة بشىء، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مع العيب تسعين رجع الموكل بعشرة على وكيله يأخذها منه[1].

والثانى: قال الإمام أبو حنيفة: يملك الوكيل مع الإطلاق فى الشراء شراء العيب والصحيح معًا، لأن التوكيل مع الإطلاق فى البيع يدخل المبيع،

(١) المهذب ١/٣٥٣ ، والمغنى ١٤٠ ، ١٤١.

ولأن الوكيل أمين فى الشراءفجاز له شراء المعيب ويلزم الموكل لأن يد الوكيل كيد الأصيل، كالمضارب مع المالك.

ويرد على أبى حنيفة: بأن البيع بإطلاقه يقتضى التصحيح دون المعيب، فكذلك الوكالة فيه. ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته. وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ومن قنيته فلا يحصل المقصود[١].

٧- ليس للوكيل الموكل فى شراء المعين أن يشترى موصوفا فى الذمة، فإن فعل كان عقده لنفسه لا يلزم الموكل.

ومتى خالف الوكيل الموكل فى بيع ماله أو فى شراء ما عين له شراؤه فتصرفه باطل إن كان يشترى باسمه وكيلا عن الموكل.

ولو اشترى الوكيل فى الذمة ولم يسم الموكل أى لم يذكر للبائع أنه وكيل عن فلان صح البيع وكان فى نفسه. وإن سماه كأن قال البائع: بعتك، فقال الوكيل: اشتريت لفلان صح البيع وكان الشراء للموكل فى أحد القولين وهو الأصح عند الشافعية. وعلى القول الآخر يصح ولكن يقع البيع للوكيل.

وإن قال البائع للوكيل: بعت موكلك فلانا، فقال الوكيل: اشتريت له فلا يصح العقد وهذا هو المفتى به فى المذهب الشافعى، وذلك لبطلان الصيغة حيث أن أحد أطرافها الذى وجه الإيجاب إليه لم يكن موجوداً فى مجلس العقد والشرط فى الصيغة أن يتلاقى الإيجاب مع القبول ولم يوجد هذا التلاقى.

ولا يحل قبول الوكيل محل الأصيل، لأن الإيجاب موجه للأصيل، ولم يوجه للوكيل فانفسخت الجهة التى تم بها العقد من حيث الإيجاب والقبول ولابد أن تتحد الجهة لصحة العقد[٢].

---

(١) المغنى ٥/١٤١.

(٢) السراج ص ٢٥١.

٨- إذا كان الشخص وكيلا فى الشراء ولم يدفع إليه الأصيل الثمن فاشترى الوكيل السعة باسمه وكيلا عن فلان فالثمن على الموكل والوكيل ضامن، لأن المبيع وقع للأصيل فكان الثمن عليه، ولما كان الوكيل هو الذى تولى العقد بالنيابة عن الأصيل والتزم الثمن كان ضمانه عليه تبعًا لالتزامه به.

وعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل بالثمن لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه[١].

وفى وجه آخر - أن الثمن على الوكيل دون الأصيل لأنه هو الذى التزم بالعقد فكان الثمن عليه وعلى ذلك لا يحق للبائع مطالبة الموكل وإنما له مطالبة الوكيل، وللوكيل مطالبة الأصيل بما فى ذمته من الثمن للبائع[٢].

٩- لا يملك الوكيل فى الخصومة الإقرار على الموكل ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه من غير إذن الموكل وتصريحه بذلك لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئًا من ذلك.

وهذا قول جمهور الفقهاء بالنسبة للإقرار وقول العامة من الفقهاء بالنسبة لما عدا الإقرار.

وقال أبو حنيفة ومحمد - يقبل - إقرار الوكيل فى الخصومة فى مجلس الحكم فقط أى أمام القاضى فى كل شىء ما عدا الحدود والقصاص.

وقال أبو يوسف: يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره، لأن الإقرار أحد جوابى الدعوة، فصح من الوكيل كالإنكار عن الخصم، الذى لم يختلف فيه أحد ولم يقل أحد بمنعه[٣].

والجواب على ذلك من الجمهور - أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها، فلهذا لم يملكه الوكيل فى الخصومة كما لا يملك الإبراء بدون إذن.

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) فتح القدير ٧/ ٥٠٤ ، ٥٠٦.

ثم إن الإقرار يفارق الإنكار من حيث أن الإنكار لا يقطع الخصومة، ويملك في كل شيء حتى في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار.

فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا، أي تعارض الإقرار مع الإنكار الذي هو مصلحة الموكل وحق من حقوقه المخولة له شرعًا ويجب العمل بها إلا عند وجود من ينفيها من بينة الخصم، أو إقرار منه[١].

١٠- إذا كان التوكيل في قضاء الدين عن الموكل لزم الوكيل أن يشهد على قضاء الدين عن موكله لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد لئلا يرجع الغريم على موكله بالدين عند الإنكار بالدفع.

فإن ادعى الوكيل أنه قضاء دينه وأنكر الدائن لم يقبل قول الوكيل على الغريم إلا ببينة، لأن الغريم يأتمنه على المال، فلا يقبل قوله عليه بالدفع بدون إثبات كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي حيث لا يقبل قوله بغير بينة[٢].

وفي ضمان الوكيل للموكل نظر:

(أ) إن كان الادعاء بدفع الدين في غيبة الموكل بشاهدين ولكنهما ماتا، أو فسقا بحيث لم يتعد تقبل شهادتهما ولا شهود غيرهما لم يضمن الوكيل لأنه لم يفرط.

فإن لم يشهد على أداء الدين ضمن لأنه هو المفرط، وهذا قول الشافعي ومذهبه والمشهور في مذهب الحنابلة سواء صدقه الموكل في قوله أم كذبه وذلك لأن الموكل أذن للوكيل في قضاء يبرئه ولم يرض ذلك القضاء ولا تلك البراءة من الدين لاستمرار مطالبة الغريم وإنكاره الدفع من الوكيل.

---

(١) مقصد التنبية على التنبيه ص ٦٨، والمغنى ٥/ ٩٩، ١٠٠، والمهذب ١/ ٣٥١.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٦ والمغنى ١١٣ ، ١١٤.

وعلى قول أبى حنيفة ورواية عـن الإمام أحمد أن الموكل لا يرجع على الوكـيل بشيء عند الإنكار إلا إذا أمـره بالإشـهـاد على دفع الدين ولم يشهـد وبشرط ألا يصدقـه فى الدفع عند عدم الإشهـاد فإن صدقـه فلا ضمـان ولا رجوع، وإن كذبه فـالقول قول الوكـيل مع يمينه لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله، فكأن القول قوله[1].

(ب) وإن كان الادعـاء بأداء الدين بحضـر الموكل مع الإشهاد لـم يضمن بلا خلاف، وكذلك إذا لم يشهد لأن تركه الإشـهاد والاحتياط رضا منه بما فعل وكيله فكأن المفرط هو الموكل لا الوكيل، لأنه حضر وترك الإشهاد على أمر يخصـه ويقتضيـه، وهذا هو قول الجمهـور وأحد الوجهين فى مذهب الشافعى.

وفى الوجه الآخر للشـافعية - يضمن الوكيل، لأن ترك الإشـهاد يثبت الضمان مطلقًا كما سبق بيـانه فى (أ) ولا يسقط حكم الضمان بحضور الموكل كـما إذا أتلف مـاله بحضـرته حيث لا يسـقط عنه الضـمان إلا بالإسقاط من صاحب الحق وهو لم يسقط لأنه لم يصرح بذلك.

والأولى بالقبول هو الرأى الأول وهو قول الجمهور، لأن حضوره رضاء بعدم الإشهاد يعتبر رضا لأن الحق حقه وهو الأصل وعند وجود الأصل مع الفرع يرجع إلى الأصل فيمـا يخصهما معًا، والرضا كـما يعتبر فى حالة الصراحة، يعتبر ضمنا كذلك، فى السكوت إذا كان الحال يقتضيه، أو فى معرض البيان[2].

١١- وإذا كان التـوكيل فى قبض الدين فمـات الغريم قبل القضـاء طالب الوكيل

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٦ والمغنى ٥/ ١١٤.

ورثة الغريم إن كانت صيغة التوكيل فيها اقبض حقى الذى قبل فلان، أو الذى على فلان، لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذى على مورثه.

فإن قال الموكل للوكيل: اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه إذا مات، لأنه لم يؤمر بذلك[١].

١٢- وإذا ادعى رجل على آخر أنه وكله فى تصرف ما من غير بينة فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله لأنه ينكر عقداً الأصل عدمه، فإن اتفقا على الوكالة واختلفا فى وصفها فالقول قول الموكل لأنه ينكر إذنا منه والأصل عدمه[٢].

١٣- إذا اختلف الوكيل والموكل فيما بينهما من حيث الوكالة وحدودها ننظر هذا الخلاف ونحكم فيه حسب الأحوال الآتية:

الحالة الأولى:

أن يختلفا فى التلف، فيقول الوكيل تلف مالك فى يدى، أو الثمن الذى قبضته من المبيع الذى وكلتنى فى بيعه، فيكذبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه أمين، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع. وهذا هو حكم الأمناء.

وإنما كان ذلك الحكم فيهم وهو عدم تكليفهم البينة وتصديقهم فى قولهم، لأنهم لو كلفوا ذلك مع تعذره عليهم لا متنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها فيلحقهم الضرر، اللهم إلا إذا كان التلف بأمر ظاهر كالحريق أو النهب وشبهها حيث يلزم البينة، لأن البينة على وجود مثل ذلك وإثباته ممكن ويسير، لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه[٣].

---

(١) المغنى ٥/١٠٢.

(٢) المهذب ١٢/٣٥٧.

(٣) المغنى ٥/١٠٣ والسراج ص ٢٥٢.

الحالة الثانية من حالات الاختلاف:

أن يختلفا فى تـعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ، ومـخالفته أمـر موكله كأن يدعى الموكل على الوكيل فى بيع دابة أنه حملها فوق طاقتها، أو حمل عليها لنفسه، أو فرط فى حفظها، أو لبس الثوب الموكل فى بيعه، أو توصيله لصاحبه أو استعمال السيارة الموكل فى بيعها وغير ذلك من غير بينة، فالقول قول الوكيل فى كل ما سبق مع يمينه لأنه أمين، ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه.

ومتى ثبت التلف فى يده من غير تعديه، إما لقـبول قوله وإما بإقرار موكله أو بيان من الوكيل فلا ضمان عليه، وسواء تـلف المتاع الذى أمر ببيعه، أو باعه وقبض ثمنه فـتلف الثمن، وسـواء كـان بجعل أو بغـير جـعل، لأنه نائب المالك فى اليـد والتصرف، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك.

وبناء على ذلك - لو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فـتلف الثمن من غير تعد قبل أن يقبضه الموكل واستحق تسليم المبيع، فإن المشترى يرجع بثمنه الذى دفعه على الموكل دون الوكـيل إذا لم يقم بتـسليم المبـيع إلى المشـترى، وذلك لأن المبـيع له، فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه[١].

الحالة الثالثة:

أن يختلفا فى التصرف فيقول للوكيل - بعت السيارة وقبضت ثمنها فتلف منى فيقـول الموكل: لم نبع ولم نقبض، أو يقول: بعت ولم نـقبض شيئًا، فالـقول قول الوكيل، لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما[٢] مالم تكن بينة بخلاف ذلك.

الحالة الرابعة:

أن يخـتلفا فى رد المال كـأن يقول الوكـيل للمـوكل: رددت لك المال، وينكر الموكل، فإن كانت الوكالة بغير جـعل فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه قبض العين

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المغنى.

لمنفعة المالك فكان القول كالمودع إذا ادعى عدم الرد من الوديع، وإن كانت الوكالة بجعل فوجهان:

أحدهما: القول قول الموكل، ولا يقبل قول الوكيل الرد بغير بينة، لأنه قبض المال لنفع نفسه، وسواء كان ذلك الاختلاف فى رد العين أو فى رد ثمنها. ومنفعة الوكيل من المال الذى قبضه بالوكالة هى الأجرة الحاصلة فى مقابلة الوكالة فلما كان له فى المال استفادة لمصلحة نفسه لم يقبل منه الرد بغير بينة، كالمستأجر الذى يدعى رد العين المستأجرة، والمرتهن الذى يدعى رد العين المرهونة تحت يده من غير بينة لأحدهما حيث أن القول قول المؤجر وصاحب المال المرهون، لأن يد كل من المستأجر والمرهون عنده يد مصلحة وليست يد أمانة.

وكذلك المستعير حيث أن يده يد خيانة وليست بيد أمانة.

الثانى: أن القول قول الوكيل فيقبل قوله فى ادعائه الرد مع يمينه، لأن انتفاعه بالعمل فى العين فى مقابل الجعل، أما العين نفسها فلا منفعة له فيها حيث أن المنفعة فى ذلك لصاحبها فلذلك قبل قوله فى الرد على الموكل، لأنه أمين كالوديع فكان القول قول مع يمينه، لأن المنفعة الأصلية والحقيقية للمالك وليست له وإنما منفعته تبع لذلك[١].

الحالة الخامسة:

أن يختلف الموكل والوكيل فى أصل الوكالة كأن يقول الوكيل: وكلتنى، ويقول الموكل لم أوكله عنى ولم تكن بينة لأحدهما، فالقول قول الموكل لأن الأصل عدم الوكالة.

الحالة السادسة:

أن يختلفا فى صفة الوكالة، فيقول الموكل: وكلتك فى بيع سيارتى صفة كذا فيقول الوكيل: بل وكلتنى فى سيارة أخرى وصفها كذا، أو فى بيع دارك لا فى

(١) المهذب ١/٣٥٨ والمغنى ٥/١٠٤.

سيارتك وهكذا.

فالقول قول الموكل، لأنه يدعى نفى الوكالة والأصل معه، ولأن الاختلاف فى صفة كلام الموكل والأصل أنه يعرف بيانه من جهته، وهذا أصح الوجهين فى هذه المسألة وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى(١).

وحكى عن الإمام أحمد أن القول قول الوكيل لأنه أمين، وحكى عن مالك أنه قال: إن كانت السلعة موجودة فالقول قول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والأصل عدمه. بخلاف ما إذا كانت موجودة حيث إن الوجود لا يقتضى الضمان عادة، وهذا هو الوجه الثانى. وقد سبق بيان رجحان الوجه الأول وسببه(٢).

١٤- الوكالة جائزة من الجانبين، جانب الموكل وجانب الوكيل، فلكل منهما أن ينهيها فى أى وقت، وللوكيل عزل نفسه بنفسه، وللموكل عزله متى شاء حسب البيان الآتى:

(أ) إذا عزل الموكل الوكيل فى حضوره كأن قال له: أنت معزول أو عزلتك من وكالتك عنى، أو قال الموكل فى مجلس يحضره الوكيل: عزلت فلانا من وكالتى وهو حاضر يسمع العزل انعزل عن الوكالة من وقت العزل.

(ب) وإن كان العزل فى غيبة الوكيل فالمعتمد أنه معزول فى الحال، أى من وقت عزل الموكل وكيله.

وفى قول آخر: لا يتم العزل بالنسبة للوكيل الغائب إلا ببلوغ العزل إلى الوكيل.

(جـ) وإن كان العزل من جهة الوكيل كأن قال: عزلت نفسى من الوكالة أو

---

(١) انظر المغنى ١٠٨/٥.

(٢) انظر المرجع السابق.

رددتها إلى صاحبها فلان تم العزل من وقت ذلك وخرج الوكيل من أهلية الوكالة التى كانت مخولة له قبل عزل نفسه.

وإنما يتم العزل فى الصورة السابقة، لأن كل واحد من طرفى عقد الوكالة يعمل بإذن نفسه وبإذن غيره، فكان لكل واحد منهما إبطال ذلك الإذن الذى يرجع إليه.

(د) كما تعزل الوكالة أيضًا بخروج أحدهما عن أهليه التصرف، بموت أو جنون، أو بخروج محل التصرف المأذون فيه عن ملك الموكل بأى طريق من طرق انتقال الملكية[1].

(هـ) متى تصرف الوكيل بعد فسخ الوكالة أو بطلانها فتصرفه باطل إذا علم ذلك بلا خلاف بين الفقهاء، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا بما أدى إلى البطلان فالأمر كذلك أى وهو بطلان تصرف الوكيل. وهو قول الشافعى ورواية عن الإمام أحمد، لأن العزل أو البطلان رفع حكم لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق.

وفى قول آخر: لا ينعزل الوكيل ولا يبطل تصرفه قبل علمه بالعزل أو بالأمر المؤدى إلى بطلان الوكالة، وهذا القول رواية أحمد الثانية والقول الآخر للشافعى وما نص عليه في رواية جعفر بن محمد. قول أبى حنيفة، وذلك لأنه لو انعزل الوكيل بغير علمه أدى إلى بطلان الوكالة وربما أدى إلى ضرر، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة بناء على القول بصحة العزل. وهذا قد لا يمكن تداركه كما إذا قام الوكيل ببيع السلعة وتصرف فيها المشتري بما يؤدى إلى الهلاك، كأكله للطعام إن كان هو محل البيع، أو ذبحه للحيوان والتصرف فيه بالأكل إن كان هو محل التوكيل وهكذا . . .

وهذا يؤدى إلى ضمان الوكيل فيما لا ذنب له فيه وكذا ضمان المشتري،

---

(١) السراج ص ٢٥٢، والمغنى ٥/ ١٢٣.

فيـؤدى إلى ضررهما مـعًا ولا ضرر ولا ضرار فى الإسـلام، خاصة وأن التـصرف الذى تم كان بأمـر الموكل ولا يثبت حكم الرجـوع فى حق المأمور قبل علمـه بهذا الرجوع.

ولعل هذا القول هو الموافق للـعدالة والأولى من حيث الأخذ والقـبول، لأن فيه رفع الضرر وعدم الغبن بالنسبة للجميع[١].

---

(١) راجع المغنى ٥/١٢٣ ، ١٢٤ وما بعدها.

المبحث التاسع

عقود الشركة

المقصد الأول

التعريف والتقسيم والحكمة والدليل

تعريف الشركة:

الشركة[(١)] لغة: هى الاختلاط على الشيوع.

وشرعًا: ثبوت الحق فى الشىء الواحد لاثنين فأكثر على وجه الشيوع، ولذلك قال ابن قدامة: (الشركة) هى الاجتماع فى استحقاق أو تصرف[(٢)].

أنواع الشركة:

والشركة نوعان:

١ - شركة ملك.

٢ - شركة عقد.

فشركة الملك أن يتملك اثنان عينًا من الأعيان بسبب من أسباب الملك كأن يشتريها معًا، وعند ذلك تكون هذه الشركة اختيارية. أى أنها تكونت باختيار وإرادة أصحابها.

وقد تكون شركة الملك اضطرارية، وهى الناشئة عن اختلاط مال بدون إرادة مالكيهما اختلاطا لا يمكن من الفصل بينهما كأن يكونا من نوع واحد، كمقدار من أرز أو يكون الفصل بين المالين ممكنا ولكن مع كثرة المشقة كمقدار من أرز مع مقدار آخر من قمح، أو عن اشتراك شخصين فى ميراث لهما عن آخر.

---

(١) وهى بكسر الشين وسكون الراء - على معنى الشركة أو النصيب قال ﷺ «من أعتق شركا له فى عبد» أى نصيبًا وحكى فى اللغة: قراءتها - بفتح الشين مع كسر الراء - وانظر السراج ص ٢٤٤ والاختيار للموصلى ٣/٢٦.

(٢) المراجع السابقة والمغنى ٥/٣.

المقصد الثاني

شركة المفاوضة

من معانى المفاوضة فى اللغة: المساواة، ومن هذا أخـذ هو الاستعمال، فيريد بها الفقهـاء الشركة بين شريكين أو أكثر إذا تساووا فـى القدرة على التصرف، وفى المال[1] الذى تصح فيه الشركة وفى الدين وفى الربح.

ولا تنعقد شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة أو بلفظ الشركة على النص على جميع شروطها[2].

وعند ذلك يكون كل شـريك وكيلا عن الـشركاء الآخـرين وكفيـلا لهم فى جميع شئون الشركة وديونها المترتبه على أى تصرف لها.

فإذا ورث أحد الشركاء فقد انـقلبت هذه الشركة إلى شركة عنان وذلك لعدم التساوي فى المال الذى تصح فـيه الشركة، لأن شرط التـساوى فى المال المدفوع من الأعضاء لابد منه لتكوين شركة المفاوضـة وصحتها، ويندر أن يكون لهذا النوع من الشركات وجود[3].

---

(١) وهو عند الأحناف لا يصح إلا إذا كان من النقود.

(٢) الاختيار ٣/١٨ وفتح القدير ٦/١٥٦ وهى عند الشافعية غير صحيحة على الإطلاق، بل هى شركة باطلة لعدم إمكان تحققها فى نظرهم، وانظر السراج ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) المعاملات الشرعية للخفيف ص ٣٥٦ وبداية المجتهد ٢/٢٥٤.

المقصد الثالث

شركة العنان

كلمة العنان إما مأخوذة من عن لى كذا أى عرض، فسميت بذلك لأن كل شريك فيها عن له أن يشترك مع الآخرين، وإما مأخوذة من عنان الفرس، وهو اللجام، لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف فى المال لشريكه، ويريد بها الفقهاء - أن يشترك اثنان أو أكثر فى رأس مال أو فى عمل على أن يكون الربح الناتج مشتركًا بينهما، وهى تتضمن الوكالة حيث يكون كل من الشركاء وكيلا عن الآخر فى التصرف حتى إذا تصرف كان تصرفه لنفسه بطريق الأصالة ولسائر الشركاء بطريق الوكالة.

وهذه الشركة تصح فى أى نوع من أنواع الاتجار مع التفاضل فى رأس المال والربح أو مع التساوى فيهما، أو مع التفاوت فى أحدهما والتساوى فى الآخرين متى عمل كل الشركاء، فإذا كان العمل على بعضهم فلا يصح زيادة ربح من لا عمل عليه عما له فى رأس المال من سهام حتى لا يكون له ربح لا يقابله شىء من رأس مال أو عمل، لأنه يصح للشريك العامل زيادة الربح عن حصته فى رأس المال نظير عمله وهو قول الحنفية.

وقال الشافعى وزفر من الحنفية ومالك: لا تصح الشركة مع المساواة فى المال والتفاضل فى الربح، ولا مع التفاضل فى المال والمساواة فى الربح، لأن الربح نتيجة المال فيكون بقدر الشركة فيه.

وهذا النوع من الشركات متفق على جوازه والعمل به عند الفقهاء[١].

---

(١) المرجع السابق وفتح القدير ٦/ ١٧٦ وما بعدها، والاختيار ٣/ ٢٢ والسراج ص ٢٤٥ والتنبيه ص ٦٧ ودعائم الإسلام ٢/ ٨٥ والمختصر النافع ص ٤٥، وبداية المجتهد ٢/ ٢٥١ والمغنى ٥/ ١٤، ومغنى المحتاج ٢/ ٢١٢.

المقصد الرابع

شركة الأبدان

وتسمى أيضًا بشركة الأعمال أو شركة الصنائع. وحقيقة هذه الشركة: أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والأعمال على الاشتراك فى تقبل الأعمال من الناس على أن يكون ربح هذه الأعمال أو أجورها مشتركة بينهم على حسب ما يتفقون عليه فى ذلك كاشتراك نجارين أو بناءين أو مهندسين أو محامين أو أطباء على ما سبق(١).

ولا يشترط فى هذه الشركة اتحاد مهنة الشركاء، حيث يجوز اشتراك نجار مع طبيب وبناء مع مهندس، وكما لا يشترط فيها التساوى بين الشركاء فى الربح، ولا يلزم فيها أن يكون الربح على حسب العمل، لأن الأعمال تختلف وإجادتها كذلك تختلف. وهى تتضمن الوكالة، فكل عمل يتقبله أحد الشركاء يكون مطلوبا من باقيهم، ولذا يكون الكسب بينهم جميعا على حسب الشرط وإن لم يعمل أحدهم، لأنه يستحق الأجر حينئذ بضمانه، ولهذا كانت شركة العنان فى الأعمال في حكم شركة المفاوضة من حيث ضمان العمل فقط، وجواز مطالبة كل شريك به، ولكل شريك المطالبة بأجرته، كما أنه يجوز دفع الأجرة لأى شريك من الشركاء. وهذه الشركة جائزة عند الجمهور من الفقهاء(٢).

أما عند الإمام الشافعى فهى غير جائزة لانعدام المال فيها حيث اشترط لصحة الشركة وجود رأس المال منهما معًا أو من أحدهما إذا كان فى المضاربة، لأن الشركة تختص بالأموال لا بالأعمال حيث إن المال ينضبط، والأعمال لا تنضبط وعدم الانضباط غرر أو مؤدى إلى الغرر وكل عقد فيه غرر غير منضبط ممنوع منه فى الشرع كما فى بيع الغرر(٣).

---

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٢١٢.

(٢) المغنى ٥/ ٥.

(٣) مغنى المحتاج ٢/ ٢١٢.

أما الجمهور فقد استدلوا باشتراك الغـانمين فى الغنيمة وهم يستحقون نصيبهم فيها بالعمل أى الجهاد فى ميدان القتال مع الأعداء.

وبما روى من أن ابن مسعـود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سـعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئًا، فلم ينكر النبى ﷺ عليهما[١].

وقال الجـمهـور: إذا كانت المضـاربة وهى نوع من أنواع عـقود الشركـة فى الإسلام جائزة بلا خلاف فـتكون شركة الأعمال جائزة كذلـك، لأنه لا فرق بينهما من حيث المعنى، لأن المضاربة إنما تنعقد على العمل أساسًا لا على رأس المال، لأن العامل لا يقدم مالا فى الشركة وإنما يشتـرك بعمله ومجهوده فى مال الطرف الآخر بنسبة معينة من الربح الذى يحمل لرأس المال[٢].

---

(١) رواه أبو دواد، وانظر المغنى ٥/٥.

(٢) انظر المرجع السابق ص ٥-١٣، أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٥٧ وما بعدها، بداية المجتهد ٣/ ٢٥٥، والاختيار ٣/ ١٧، والسراج ص ٢٤٤.

المقصد الخامس

شركة الوجوه

وشركة الوجوه يقال لها: شركة المفـاليس، وسميت بشركة الوجوه لأنها تبنى على ما للشركـاء فيها من وجاهة ومنزلة فى الناس بسبب حـسن المعاملة، ويراد بها أن يشترك اثنان أو أكثر ممن ليس لهم رأس مال عـلى أن يشتروا بالنسيئة أى بالأجل ثم يبيعون ما يشترونه على أن يكون ما يربحونه من هذه التجارة بينهم[١].

وهذا النوع من الشركات غير جائز عند الإمام مالك، والإمام الشافعى وذلك لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكـلاهما معدومان فى هذه المسألة مع ما فى ذلك من الضرر، لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدود بضاعته ولا عمل مخصوص.

أما عند الجمهـور من الفقهاء فهى جائزة، سواء عين أحد الشـركاء للآخر ما يشتريه، أو لم يعين شيئًا من ذلك عنـد الحنابلة، لأن ذلك اشتراك فى الابتياع وإذن لكل واحد من الشركاء بالتصـرف فى هذا الابتياع وهذا يؤدى إلى الاشتراك فى كل ما يبتاعه أحـد الشركاء، لأن هذه الشركة فيها معنى الوكالة والوكـالة صحيحة بلا خلاف نصـحت الشركة، لأن ذلك لا يخـرج عن أن أحد الشركـاء أذن للآخر فى التجارة على أن يكون المبيع بينهما، وهذا هو معنى الشركة.

وشـركاء هذه الشـركـة فى تصـرفهم ومـا يجب لهم وعلـيهم وفى الإقـرار والخصومـة وغير ذلك بمنزلة شركـاء شركة العنان. وأيهم عزل من التـصرف انعزل لأنه وكيل والوكيل ينعزل بالعزل[٢].

---

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٢١٢.

(٢) انظر المغنى ٥/ ١٦، وأحـكام المعـامـلات ص ٣٥٨، وبداية المجتـهـد ٢/ ٢٥٥، والسـراج ص ٢٤٤، والاختيار ٣/ ١٧، والتنبيه ص ٦٧.

المقصد السادس

المضاربة

والمضاربة نوع من أنواع الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر. وتسمى كذلك مقارضة وقراضا، لأن صاحب المال يقطع قدرًا من ماله ويسلمه إلى العامل وهو المضارب، وقد سمى بذلك لأنه يضرب فى الأرض ويسعى فيها قصدًا إلى التجارة وتنمية المال[١]. ولأن كلا من المالك والعامل يضرب بسهم من الربح[٢].

وعلى ذلك يعرف القراض شرعا - بأنه عقد بمقتضاه يدفع شخص لآخر مالاً ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما[٣].

حكم العقد على المضاربة:

وحكم القراض (المضاربة) الجواز والعقد عليه جائز شرعا، لأنه وسيلة من وسائل التعاون بين الناس والرزق الحسن، ولأن المصلحة قد تدعو إليه فقد يملك الإنسان المال ولكنه يعجز عن نمائه والعمل فيه، وقد يقدر إنسان على العمل والربح ولكنه يفتقر إلى رأس المال، ولهذا كان القراض من باب التعاون المأمور به بين الناس بعضهم مع بعض أخذًا من قوله تعالى **﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾**[٤] واستصحابا للأصل وهو أن الأصل فى العقود الإباحة إلا ما يرد نص بتحريمه وهو دليل صحيح أخذ به الفقهاء.

وقد عمل الصحابة رضوان الله عليهم بالقراض وأفتوا بحله، فقد روى زيد

---

(١) ومن ذلك قول الله تعالى «وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله» من سورة المزمل الآية ٢١.

(٢) المغنى ٥/٢٦.

(٣) انظر المهذب ١/٣٨٤، والسراج ص ٢٨٩، والمنهاج ص ١١٦، وأحكام المعاملات ص ٣٥٩.

(٤) سورة المائدة الآية: ٢.

ابن أسلم عن أبيه أن ولدى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم وهما: عبد الله وعبيد الله خرجا فى جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب فرحب بهما وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متعًا من متاعًا من متاع العراق ثم تبيعانه فى المدينة وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه. فقالا: وددنا أى قبلنا عرضك علينا. ففعل، ثم كتب إلى أمير المؤمنين عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا وربحا. فقال أمير المؤمنين أكل الجيش قد أقرض كما أقرضكما؟ فقالا: لا. فقال أمير المؤمنين عمر لابنيه: لكونكما ابنى أمير المؤمنين أسلفكما عامل المسلمين بالعراق، عليكما بأداء المال وربحه. فقال عبد الله: يا أمير المؤمنين لو هلك ضمناه. فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا؟ قال: قد جعلته فأخذ رأس المال ونصف ربحه. وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال[1].

أركان وشروط صحة العقد:

وأركان عقد القراض ثلاثة هى:

١ - عاقدان.

٢ - معقود عليه.

٣ - صيغة.

أولا: فالعاقدان هما:

المالك أى صاحب رأس المال، والعامل الذى يضارب بهذا المال الذى أخذه من المالك بخصوص هذا القرض.

ويشترط فى كل منهما الشروط التى اشترطناها فى صحة عقد الوكالة، لأن

---

(١) المهذب ١/ ٣٨٤، والمغنى ٥/ ٣٦.

المضاربة فيـها معنى الوكالة وإن كانت هذه الوكـالة من نوع خاص، لأن العامل فى عمله مقـيد فيه طبقًا لإذن المالك بما لا يتعـارض مع مضمون العقد طبـقًا لما سيأتى بيانه عند الكلام عن الأحكام العامة لعقد المضاربة.

ومن هنا يمكن أن نقول: بأن كل من يصح له التـوكيل يصح له القراض وكل ما يصح منه قبول التوكيل صح منه قبول القراض، إلا أنه يشترط فى العامل هنا أن يكون مختصا بالعمل فى المال ومستقلا به وحده من غير تدخل من المالك.

ثانيًا: وأما المعقود عليه فهو:

المال، والعمل، والربح.

ويشترط فى المال أن يكون من المالك وأن يكون معينا معلوما وبيد العامل.

والمراد بالمال ما يشـمل الأثمان وهى الدنانيـر والدراهم المضروبة أو مـا يقوم مقامهما من العملات الرائجة المتداولة بين الناس ولو كانت عملة ورقية.

ولا خلاف بين الفقهـاء فى كون رأس المال من الدراهم والدنانير المضروبة من الذهب والفضة أو ما فى حكمـها من جميع العملات الذهبية أو الفـضية المضروبة، وذلك لأنها قيم الأموال وأثمان البياعات.

فأما العملات الورقيـة فإن كانت قيمتها ثابتة لا تتغـير فالقياس أنه لا خلاف فى صحتـها رأس مال أيضًا، لأنها تقـوم مقام الأصل من جمـيع الوجوه، أى من حيث أنها قيم الأموال وثمن البياعات وغير ذلك.

وإن كانت قيمتـها تتغير من وقت لآخر فإن كانت تغيـرًا يسيرًا نادرًا فلا يضر لأن النادر لا حكم له لأنه شـاذ والشـاذ لا يقـاس عليه، والأحـكام إنما تبنى على الأعم الأغلب.

فإن كـان التغير كـثيرًا فإنه يضـر ولا يصح معه رأس المال بناء على القـاعدة الرئيسية عند الجمهور من الفقهاء من أن رأس مال القراض لا يصح إلا إذا كان نقدًا رائجا معـينا معلوما فإن كـان عروضا لم يصح لتغـيره من حيث القيـمة. وعلى ما

أجيز فى رواية عن الإمام أحمد بن حنبل والإمام مالك وابن أبى ليلى وما روى عن الأوزاعى وحماد بـن أبى سليمان من أن القراض يصح بالعـروض، فإنه يصح على ذلك جعل الأموال النقدية الورقية رأس مـال للقراض على أى حال حتى وإن كانت غيـر ثابتة القيـمة، لأنه يمكن تقويم قـيمتهـا وقت العقد وجـعله رأس مال ويمكن الحسـاب بناء على ذلك، وإن كنا لا نميل إلى هذا من حيث العمل وترجـيح العمل بالأول.

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء أن يكون رأس مال الشركة أو القراض عقارا أو عروضا حتى وإن قال المالك للمضارب: بع وضارب فى الثمن، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قـيمتها أو ثمنها ولا يجوز وقوعـها على الأعيان، لأن شركـة القراض تقـتضى الرجـوع عند المفاصلة إلى رأس المال أو إلى مـثله. وهذه لامثل لها فيرجع إلـيه. وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فـيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال.

وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس يربح كمـا لا يصح وقوعها على القـيمة؛ لأن القـيمة غيـر متحقـقة القدر فيـفضى إلى التنازع، وقد يقوم الشىء بأكثر من قـيمته، ولأن القيمة قد تزيد قبل بيـعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة.

كما لا يجوز وقوعها على أثمانها، لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها[1].

وروى عن الإمام أحمـد ومالك وآخرين: جواز أن يكون رأس مـال الشركة والمضاربة عـروضا، لأن مقـصود الشركة والمضـاربة جواز التصـرف فى المال وكون الربح بينهما.

وهذا يحصل فى العـروض كحصوله فـى الأثمان، فيجب أن تصح الشـركة

---

(١) المغنى ٥/١٦ وما بعدها، والاختيار ٣/٢٧ وما بعدها، والسراج ص ٢٧٩ وما بعدها.

والمضاربة بهـا كالأثمان، ويـرجع عند المفاصلة بقيـمة المال عند العـقد كمـا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها(١).

وبناء على ذلك لو قال المالك للمضـارب: بع هذا العقار أو بع هذه العروض وضارب فى الثمن كان وكيلا ببيعهما ثم مـضاربا فى ثمنهما بعد قبضه، ولا تنعقد المضاربة صحيحة عندئذ إلا بعد القبض، حتى لو تصرف المضارب قبل قبض الثمن لم يكن تصرفه للمضاربة وإنما يكون تصرفه لنفسه(٢).

والعمل برأى الجمـهور أولى وأحوط فى منع التنازع والخلاف بين المتـعاقدين وإن كان يجوز العمل بالقول الآخر إذا اقتضى الحال ذلك.

وإنما اشتـرط فى رأس المال أن يكون معلومـا لأن الجهـالة تؤدى إلى الخلاف والمنازعة، ثم إن المجهول لا يصح العقد عليه أصلا.

وأما اشتراط كونه عينًا، فلأن الدين فى الذمة وهو وإن كان معلوما إلا أنه قد لا يقـدر على تسلمـه لأى سـبب من الأسـبـاب وتسلم المضـارب المال وتمكنه من التصرف فيه شرط رئيسى لصحة المضاربة.

ولهـذا إذا قـال صـاحب الدين للمـضـارب: اقـبض دينى الذى على فـلان وضارب به صح العـقد حـيث يكون وكيلا فى القـبض ومضاربا فـيه بعـد القبض ويكون ابتداء تنفيذ العقد من وقت تسلم الدين من المدير(٣).

وأما العمل فيشترط فيه أن يكون من العامل تجارة من غير تضييق عليه وعلى ذلك لا يصح القراض إذا كان العـمل فيه على شراء سلعـة معينة وتصنيعهـا بصفة معينة كشراء قمح لطحنه وعجنه وخبزه وبيعه خبزًا، لأن ذلك عقد استصناع. ليس

---

(١) المغنى ١٧/٥.

(٢) احكام المعاملات الشرعية ص ٣٦٠.

(٣) المهذب ٣٨٥/١ والسراج ص ٢٨٠ والمنهج ص ١١٦.

بمضاربة ولا يصح أيضًا للعـقد إذا كان العمل على شراء مـعين نادر الوجود أو نادر التعامل فيه، أو معاملة شخص بعينه[١].

وأما الربح فيشترط فيه أن يكون فى مقابل العمل التجارى، وأن يكون مقدرا ومحددا بالنسبة للمالك والعامل على السواء.

وعلى ذلك لو قارض إنســان آخر على جزء من الربح لم يصح العــقد، لأن الجزء يقع على القليل والكثير فهو يصدق على الدرهم ويصدق على الألف، وبهذا يعظم الضــرر عند التمسك وقت النـزاع بأقل ما يصدق عليـه الشىء وفى هذا غبن فاحش يمنع من صحة العقد وهذا هو مذهب الجمهور من الفقهاء.

وقال الحسن وابن سيـرين والأوزاعى: يصح العقد مع الإطلاق ويكون الربح مناصفة، لأنه لو قال: خذ هذا والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك إذا لم يذكر شيئًا فى العقد حيث قال له: خذ هذا مضاربة.

ودليل الجمهـور: أن المضارب إنما يستحق الربح بالشـرط ولم يجد، وقوله: مضارية يقتضى أن له جزءًا من الربح مجهولا ولا يصح العقد مع الجهالة.

أما إذا قال: خــذ هذا مضاربة والربح بيننا فإن ذلك فــيه إضافة الربح إليــهما إضافة واحدة ولم يترجح أحــدهما على الآخر فاقتضت الصيغة الـتسوية بينهما فى تقســيم الربح مناصفة بينــهما كمــا لو قال إنسان لآخــر: هذا الدار بينى وبينك لأن العرف يقضى بأن تكون بينهما نصفين.

وعلى ما قــاله الجمهور إذا فــسد العقــد لفساد الصيــغة بسبب جــهل نصيب الشركاء فى الربح بما يؤدى إلى المنارعة. كان الربح كله لصاحب رأس المال وللعامل أجرة المثل[٢].

---

(١) المراجع السابقة وأحكام المعاملات ص ٣٦٠.

(٢) المغنى ٥/ ٣٢ والسراج ص ٢٨٠ والمهذب ١/ ٣٨٥، والمنهج ص ١١٦ والمغنى ٥/ ٣٤.

ولهذا لو قال شخص لآخر: قارضتك فى هذا المال على أن يكون الربح كله لى أو كله لك بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح وشرط الربح لأحدهما منافاة لمقتضى العقد وهذه المنافاة تبطله فبطل.

وإن دفع إنسان لآخر مبلغًا معينًا من المال وقال له: تصرف فيه والربح كله لك كان قرضا لاحق لرب المال فى ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض وقد قرن به حكم القرض فانعقد القرض به كلفظ التمليك إذا قرن به الثمن كان بيعا، وإن لم يقرن كان هبة لأن اللفظ مشترك بين البيع والهبة.

فإن قال له: تصرف فيه والربح كله لى. فهو بضاعة أى عمل على بضاعة تاجر أو بغيره، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة وقد قرن به حكم البضاعة فيعتبر بضاعة ويأخذ حكمها(١).

ثالثًا: الصيغة:

ويشترط فى الصيغة الإيجاب والقبول من الطرفين بلفظ القراض أو المضاربة أو ما فى معناهما كالتجارة والبيع مع الاشتراك فى الربح، لأن القراض لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة أهل العراق.

ولما كان اللفظان فى التجارة مع الاشتراك فى الربح جاز فى كل ما يؤدى إلى ذلك المقصود كالبيع بلفظ الهبة مع دفع الثمن.

وشرط الإيجاب والقبول التوافق فى المعنى قولا أو فعلا.

كما يشترط فى الصيغة التنجيز بمعنى اتصال القبول بالإيجاب اتصالا يدل على تمام الصيغة ولو بالفعل، فإن علقت على شرط مستقبل بطلت الصيغة عند البعض وهو المعتمد فى المذهب الشافعى كما فى الوكالة.

ولابد فى الصيغة من ذكر مال المضاربة والربح والعمل ولو من بعض الوجوه.

---

(١) المهذب ١/ ٣٨٥، والسراج ص ٣٨١ وأحكام المعاملات ص ٣٦٠ والمغنى ٥/ ٣٥.

وصيغة المضاربة إما مطلقة وإما مقيدة. فالمطلقة هى التى لم تتقيد بقيد.

والمقيدة ما قيدت بزمان أو مكان أو نوع من التجارة أو بمعاملة أناس مخصوصين كأن يقيد المضارب بالمضاربة مدة ثلاث سنوات فقط من وقت تسلمه المال بالمضاربة فى القاهرة أو صنعاء، أو بالمضاربة فى القطن أو فى البرتقال أو فى الحبوب أو بالعمل مع أهل مدينة صنعاء دون غيرهم.

وفى هذه الحال يتقيد المضارب بما قيد به، لأنه وكيل ويتقيد بما يقيده به موكله، فإن خالف كان تصرفه لنفسه[1].

وعند الشافعية لا يصح تقييد صيغة المضاربة بمدة محددة، لأنه عقد معاوضة لا يجوز إلا مطلقا يبطله التوقيت كالبيع والنكاح.

إلا أن البعض الآخر من الشافعية قال: إن نص فى الصيغة على مدة محددة على أن لا يبيع العامل بعدها بطلت الصيغة، لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد فى المضاربة وهذا لا يصح.

أما إن نص فى الصيغة على أن يكون العمل فى المال مضاربة إلى مدة كذا على أن لا يشترى بعدها المضارب، فإن الصيغة صحيحة لأن هذا الشرط لا يفسدها، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملك بمقتضى العقد.

وهذا تفصيل جيد وحسن للشافعية ينبغى العمل والأخذ به[2].

---

(١) أحكام المعاملات ص ٣٦١.

(٢) المهذب ٣٨٦/١.

المقصد السابع

الأحكام العامة لعقد المضاربة والآثار المترتبة عليه

١ - يصير المضارب بالعقد وكيلا عن رب رأس المال إذا عمل، ويصير المال فى يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل، ولذا يضمنه إذا توفى مجهلا. وإذا ظهر ربح كان شريكا فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال وحده، واحتسبت أولا من الربح إن كان المال قد ربح، لأنه تبع للمال. وكذا إذا هلك من رأس المال شىء بلا تعد احتسب أيضًا من الربح، فإن لم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال ولا يرجع على المضارب بشىء منه، ولا فرق فى ذلك بين ربح لا يزال مضموما إلى رأس المال لم يرفع منه شىء وربح قد رفع منه وقسم بين المضارب وصاحب رأس المال على ما شرطا، فيجب أن يتراد كل ربح قسم بينهما فيما مضى فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله وما بقى بينهما على الشرط.

وعلى ذلك فلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ المضاربة مع سلامة رأس المال لصاحبه، حتى إذا استهلكه فى شئون نفسه ثم تلف رأس المال كان ضامنا لما أخذه من الربح حتى يسلم رأس المال لصاحبه.

فإن كان رأس المال من النقد الخالص وهو الذهب أو الفضة أو هما معًا مع معرفة كل قدر منهما على حدة وقت العقد وبعد التسليم إلى المضارب أمكن معرفة الحساب بين أطراف العقد بالنسبة لرأس المال والربح أو الخسارة والرد طبقا لما سبق بيانه حيث لا توجد صعوبة فى الحساب، لأن رأس المال فى حد ذاته ثابت لا يتغير.

وإن كان رأس المال من نقد غير الذهب والفضة وقبل التغيير بالنقص والزيادة من وقت لآخر كما هو الحال الآن بالنسبة للأوراق النقدية أمكن تقديرها بدقة بمعرفة قيمتها الحقيقية بالنسبة لأصلها من الذهب والفضة أو بأى عملة متداولة من النقد الخالص يتفق عليها بين الطرفين وتبين فى العقد، وذلك حتى لا يستهلك رأس المال بعد مدة من الزمن قد تنخفض فيها قيمة الأوراق النقدية بالنسبة للنقد الخالص من الذهب أو الفضة وفى هذا غبن كبير بالنسبة لصاحب رأس المال يجب رفعه والبعد عنه.

ولعل هذا ما حدا بجمهور الفقهاء من اشتراط أن يكون رأس مال المضاربة من النقد الخالص لأنه أدعى إلى تحقيق العدالة بين رب المال والمضارب فى جميع الأوقات.

فإذا أرجعنا رأس المال الذى هو من غير النقد الخالص إلى هذا النقد الخالص عند العقد عرف تقديره على وجه الدقة وأمكن التغلب على ذلك الشرط الذى اشترطه الفقهاء فى رأس مال المضاربة خاصة، لأن العمل بالنقد الخالص بين الأفراد يكاد يكون فى حكم العدم الآن، ولأن التعامل بالأوراق النقدية هو الذى عليه العمل الآن فى كل دول العالم تقريبًا وهو عرف معتبر شرعا.

٢ - وظيفة العامل (المضارب) فى رأس المال التجارة وكل ما يتعلق بها من أعمال تتطلبها هذه التجارة، وله أن يتصرف في حدودها طبقا للعرف السائد من غير تقييد عليه من المالك تقييدًا يضر بالغرض الأساسى من العقد ويتعارض مع العرف التجارى السائد فى ذلك الوقت، وعلى المضارب أن يتصرف تصرفا سليما محتاطا بها يوجبه العرف فى ذلك من حيث البيع والشراء، وليس له أن يبيع بغير نقد للبلد، ولا بغبن فاحش، ولا بنسيئة إلا إذا أذن صاحب رأس المال وللمالك الرد بالعيب إذا لم يرد المضارب.

٣ - يجوز للمضارب البيع أو الشراء بعرض التجارة على ألا يتجاوز رأس مال القراض. كما لا يجوز للمضارب إلا إذا أذن المالك أن يسافر بالمال من أجل التجارة حتى وإن اقتضى العرف ذلك، فإذا لم يأذن منع من سفره فإن سافر مع عدم الإذن ضمن المال إن هلك.

ونفقة المضارب إذا سافر بعد الإذن فى شئون المضاربة فى مالها وهذه النفقة تشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة البيت، يصرف فى سبيل ذلك بالمعروف وطبقا للعرف السائد. أما ما أنفقته قبل السفر وبعده ففى ماله نفسه بلا خلاف.

٤ - يجوز أن يكون رب المال شخصًا واحدًا والمضارب أكثر من واحد كذا العكس، وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يعطى العامل (المضارب) رأس المال أو جزءاً منه لشخص ثالث للمضاربة فيه من غير إذن، فإن فعل كان ضامنا لما أعطاه لهذا الغير وفسد عقد القراض الثانى عند الشافعية لأن تصرف المضارب الثانى تصرف غاصب وهو يضمن ما تصرف فيه.

فإن كان إعطاء المال من المضارب لآخر بقصد المضاربة بإذن رب المال صح فى هذه الحال عند الجمهور وكان لرب رأس المال ربحه على حسب الشرط فى عقد المضاربة الأول. وما يبقى بعد ذلك يكون بين المضارب الأول. والثانى على حسب الشرط فى عقد المضاربة الثانى، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال، فإذا كان الربح فى المضاربة الأولى المناصفة فيما يرزق الله، وفى المضاربة الثانية مناصفة لم يكن للمضارب الأول شىء، وإذا جعل للمضارب الثانى فى هذه الحال الثلث فقط كان له وكان لرب المال النصف والباقى وهو السدس للمضارب الأول.

٥ - يصح القراض مطلقـا أى من غير تحـديد مدة العمل التجـارى بلا خلاف بين الجمهور، لأن حكم العقد الجواز كالوكالة لكلا طرفيه الفسخ فى أى وقت.

كما يصح أن يكون محدداً بمدة ويشرط ألا ينص فى العقد على منع المضارب من البيع بعدها، فإن نص على ذلك فسد العقد عند الشافعية، فإن نص على المنع من الشراء بعد انتـهاء المدة كان الشرط صحيـحا ووجب الالتزام به على المعتمد.

٦ - العامل أمين فيما تحت يده من مال المضـاربة وفى كل ما يترتب على تصرفاته المعتادة والتى فى حدود الإذن الصريح أو الضمنى، ويصدق بيمينه فى قوله: اشتريت هذا القراض، ولم ينهـنى المالك عن شراء كذا، وفى قدر رأس المال ومـقداره أو الـربح، ودعوى التـلف إذا لم تكن بينة بخـلاف ذلك من رب المال.

وفى دعـوى رد المال إلى صاحـبه إذا لم يكن بينه خـلاف بين الفـقهـاء قول بسماع الدعوى مع اليمين، وهو الأصـح عند الشافعية لأنه أمين، والأمين لا يطالب ببينة.

وقول بعدم سـماع الرد إلا ببينة من المضارب على أنه رد المال لصـاحبه، لأن الأصل عدم الرد حـيث كان المال متـيقنًا فى يده قبل دعـوى الرد واليقين لا يزول بالشك، وهى قاعـدة فقهـية مقررة عند الـفقهاء تبنى عـليها كثـير من الأحكام، لأنهـا بمنزلة الدليل الشـرعى الصـحيح، وهذا القـول هو الأولى والأحوط من حيث الأخذ والقبول.

٧ - إذا استرد المالك جزءاً من المال قبل ظهور ربح أو خسران، كان من رأس المال القراض ورجع رأس المال إلى الباقى بعد الأخذ لا قبله ويكون الحساب بينهما على هذا الأساس.

فإذا كـان الاشتراك بعد ظهـور الربح فالمستـرد الذى أخذه المالك ربح ورأس المال على الشيوع.

وإن كان بعد خسران، فالخسران موزع على المسترد والباقى ويكون رأس المال هو الباقى بعـد حساب الخـسارة. فمثـلا: لو كان رأس المال مائة والخـسارة عشـرون واسترد المالك عـشرين بعد ظهـورها فيكون المستـرد ربع الباقى من رأس المال بعـد الخسارة، ونصـيب المستـرد من الخسـارة هو الربع - أى ربع العشرين وهو خمسة - فـيحسب ذلك من رأس المال الباقى ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين بدلا من ثمانين وتكون التجارة بعد هذا الحساب من حيث المكسب والخسارة الجديدة على هذا الأسـاس. حيث أن المكسب فى المضاربة شركـة بين المالك والعامل حـسب الاتفاق يقـسم بينهمـا على هذا الأساس، والخسارة يتحملها رأس المال وحده ولا يتحمل منها العامل شيئًا.

٨ - إذا اختلف المالك والمضارب فى المشروط ربحا من غير بينة تحالفا فلو حلفا أى حلف كل منهمـا على ما يدعيـه كان الربح كله للمالك وللعـامل أجرة المثل على عمله فى مـال القراض بالغة ما بـلغت من القيمة ولو زادت على نسـبة الربح الذى يدعيه أو على الربح جميعـه، لأنه قد ظهر أن عقد القراض كان فاسدًا من الأصل وأن المضـارب أجيز لدى رب المال العمل فـيه بأجرة المثل، لأن الأجرة لم تحدد وقت العقد على العمل فرجع إلى أجرة المثل.

٩ - عقد المضـاربة جائز من الطرفين لكل طرف من أطرافه الاستقـلال بنسخه فى أى وقت يشاء بإرادته الحرة واستقلاله، لأن هذا هو حكم العقد الجائز.

وقد ينتهى عقد المضاربة من غير إرادة طرفيه أو بإرادة أحدهما فقط دون إرادة الطرف الآخر، والجنون لطرفى العقد، وهلاك رأس المال جميعه من غير تعد ولا تقصير قبل التصرف فيه يمثل انتهاء العقد من غير تدخل لأى إرادة وذلك

لانعدام الماهيــة. وهى تتحقق بانعدام العــاقدين والمعقود عليــه. والماهية لابد منها لاستمرار العقد ووجوده وبانعدامها ينتهى العقد ويزول.

وعزل المالك المضــارب أو عزل المضــارب لنفســه يمثل الشق الثانى من انتــهاء العقد وهو الانتهاء بالاختيار والإرادة الحرة من الطرفين أو من طرف واحد.

فإن هلك رأس المال بعد التـصرف فيه من المضارب لم ينتـه العقد ولم تبطل المضاربة، وذلك كما إذا اشترى المضــارب نسيئة والمال فى يده ثم هلك حيث إنه يأخذ ثمن ما اشتراه من رب المال ويدفعه للبائع ويستمر عقد المضاربة.

وكذا لا ينتهى العــقد بالنقص الحاصل فى رأس مال القــراض بسبب عيب أو مرض أو تلف من غير تعد ولا تقصير. لأن النقص الحاصل فى مال القراض بسبب العيب أو المرض محســوب من الربح ما أمكن، وكذا ما تلف من مال القراض بآفة سماوية أو غضب أو سرقة بعد التصرف فيه. فإن كان التلف أو العطب قبل التصرف حسب ذلك من رأس المال على الأصح.

وبالنسبة لانتهاء المضــاربة بالموت إن مات رب المال انعزل المضارب علم بذلك أو لم يعلم، فلا يملك التـصرف بعد الموت فى مال المضاربة إلا بــجعله ناضا أى بتحويله بالبيع إلى نقود إذا كان عروضا، فإذا كان مال المضاربة حين موت أحدهما عروضًا كان للمضارب عند موت رب المال أن ينضها أى يبيعها بنقود حتى يظهر بذلك ربحه، ولكن لا يشترى بالنقود شيئًا لانتهاء المضاربة، ولكن ذلك لوصى المضارب عند مـوته، فإن لم يكن وصى جعل القاضــى له وصيا فى ذلك.

وقــال فريق مــن الفقــهــاء: بأن ذلك يكون لرب المال مع وصى المضــارب، والأول هو الأصح.

وإذا فسخ القراض بسبب الجنون أو العزل من رب المال للمضارب والمال عروض كان للمضارب أو القيم عليه تنضيض رأس المال بل زاد البعض بأنه يلزم المضارب الاستقصاء للمالك وتنضيض رأس المال إن كان عرض تجارة.

ولكن يلاحظ أنه إن كان الفسخ بسبب العزل، فإن العزل لا يتم إلا متى علم بذلك المعزول وكان المال ناضا.

فإن كان المال حين العزل غير ناض كان له أن يحوله بالبيع إلى نقد ليظهر ربحه وليس له الشراء بهذا النقد لانتهاء المضاربة، وإن كان للمضاربة ديون وفيها ربح أجبر المضارب بعد العزل على اقتضاء الديون، لأنه أجير وذلك من عمله، فإن لم يكن فيها ربح لم يجبر على الاقتضاء، ولكن يؤمر وحتى رب المال باقتضائها[1].

---

(١) راجع فيما سبق، المهذب ١/ ٣٨٤ - ٣٩٠، والنظم المستعذب مع المهذب ص ٤٨٤ وما بعدها، والمنهج مع السراج ص ٢٧٩ - ٢٨٤، والتنبيه مع مقصد النبيه لابن جماعة ص ٧٣ - ٧٤، والمنهج للشيخ زكريا الأنصارى ص ١١٦ - ١١٨، وعمدة السالك لابن النقيب ص ٧٢، وفتاوى النووى ص ١٥٠ وما بعدها، وأحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٣٥٩ وما بعدها، والاختيار ٣/ ٢٧ وما بعدها، ودعائم الإسلام ٢/ ٨٦، والمغنى ٥/ ٣٢ - ٨٦، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣١ - ٢٤٣.

الفهـــرس

الموضـــــــوع

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة الأستاذ الدكتور/ نصر فريد محمد واصل

مفتي جمهورية مصر العربية

١- ولد فضيلته بميت بدر حلاوة - مركز سمنود - محافظة الغربية في ٩/٣/١٩٣٧.
٢- حصل فضيلته على الأجازة العالية من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٦٥.
٣- ثم حصل فضيلته على الماجستير في الفقه المقارن سنة ١٩٦٧.
٤- ثم حصل فضيلته على الدكتوراه في الفقه المقارن سنة ١٩٧٢.

التدرج الوظيفي:

١- عين فضيلته بالنيابة العامة بالقاهرة سنة ١٩٦٦ حتى سنة ١٩٧٢، ثم عضواً بهيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون قسم الفقه سنة ١٩٧٣، ثم أستاذاً مساعداً بقسم الفقه سنة ١٩٧٨، ثم أستاذاً بالقسم سنة ١٩٨٣، ثم رئيساً للقسم نفسه سنة ١٩٨٣، ثم عميداً لكلية الشريعة والقانون بأسيوط سنة ١٩٨١ حتى سنة ١٩٨٣، ثم رئيساً لقسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ثم عميداً لكلية الشريعة والقانون بالدقهلية سنة ١٩٩٥.
٢- أعير فضيلته خلال عمله بجامعة الأزهر رئيساً لقسم الفقه بكلية الشريعة جامعة صنعاء من سنة ١٩٧٦ حتى سنة ١٩٨٠.
٣- ثم أعير أستاذاً بالدراسات العليا - قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من سنة ١٩٨٤ حتى سنة ١٩٨٨.
٤- ثم أعير أستاذاً بالدراسات العليا - بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض من سنة ١٩٩٢ حتى سنة ١٩٩٤.
٥- عين فضيلته مفتياً لجمهورية مصر العربية في ١٠/١١/١٩٩٦.



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هذا الكتاب

من أهم الكتب التي توضح للقارئ أو الباحث مفهوم المعاملات في الإسلام من الناحية النظرية والعملية في الأمور المالية المدنية أو التجارية بأسلوب يناسب كل المدارك.

وفي الكتاب يظهر الفرق بين مفهوم المعاملات في النظم الوضعية ومفهومها في الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال قاعدة المعاملات التشريعية بين المفهوم الوضعي والمفهوم الشرعي ومنها يعرف الباحث لماذا كانت المعاملات في الإسلام أحد الأركان الرئيسية للشريعة الإسلامية وأن المعاملات تساوي العبادات في الإسلام من حيث الإيمان والتطبيق وأن المعاملات بذلك جزء من عقيدة المسلم.

وفي الكتاب بيان مفهوم المال والملكية في اللغة وعند الفقهاء وأسباب تقسيم المال وأهمية هذا التقسيم بالنسبة للعقود والمعاملات بين الناس.

وفي الكتاب بيان المعاملات التي يصح العقد عليها شرعًا والمعاملات الفاسدة التي لا يجوز التعامل بها أو العقد عليها وأثر ذلك في الجوانب التطبيقية أو العملية في العقود المنهي عنها في الشريعة الإسلامية.

وفي الكتاب بيان للعقود الربوية الصحيحة والعقود الربوية الباطلة أو الفاسدة والآثار المترتبة على ذلك في العقود المالية النقدية وغير النقدية بالنسبة للمتعاقدين.

وفي الكتاب كثير من القضايا العلمية والمباحث الفقهية التي لا بد من العلم والمعرفة بها لكل طالب علم أو باحث في المعاملات المالية والتجارية في الشريعة الإسلامية.

دكتور
نصر فريد محمد واصل

المكتبة التوفيقية

أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

ت : ٥٩٠٤١٧٥ - ٥٩٢٢٤١٠